

TOMÁS BASTARRECHE BENGOA

CONSTITUCIÓN Y MINISTERIO PÚBLICO: HOLANDA, ITALIA Y ESPAÑA



ARANZADI



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2010

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

©2010 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Tomás Bastarreche Bengoa]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9903-664-9

NIPO 054-10-013-7

Depósito Legal:/2010

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

Sumario

Página

INTRODUCCIÓN.....	13
1. La configuración del Ministerio Fiscal	13
2. Régimen constitucional y Ministerio Público: las razones que inspiran los distintos modelos del Ministerio Público	20

CAPÍTULO PRIMERO

LOS MODELOS DE JUSTICIA EN LAS CONSTITUCIONES DE HOLANDA, ITALIA Y ESPAÑA

I. Las constituciones holandesa, italiana y española: naturaleza	31
1. La Constitución holandesa. ¿Una constitución no racional-normativa?.....	31
2. Las constituciones racional-normativas de España e Italia.....	37
II. Administración de justicia y regulación constitucional	48
1. La tradición jurídica holandesa. Constitución y Administración de Justicia.....	48
1.1. Principios constitucionales y la noción de «beleid» (Políticas).....	48
1.1.1. La Teoría de la Ley Fundamental y los principios constitucionales	50
1.1.2. «Gedogen» (tolerancia), el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos «oportunidad».....	55
1.1.3. «Beleid», «beleidregels», «gedoogbelied». La influencia de la doctrina administrativa	60
1.1.4. Recapitulación.....	67
1.2. La «Administración de Justicia» en la Constitución holandesa.....	69
1.3. Las importantes reformas de la Administración de justicia en Holanda.....	75
1.3.1. La reforma de la magistratura y la creación de un «Council of the Judiciary»	75
1.3.2. El Consejo del Poder Judicial.....	80
1.3.3. El cambio de la Fiscalía. El Fiscal General del Tribunal Supremo.....	84
2. Los numerosos límites de la Constitución Italiana de 1948.....	90

	<i>Página</i>
2.1. Las garantías constitucionales de la Magistratura italiana	94
2.1.1. La «autonomía» de la magistratura italiana.....	96
2.1.2. La independencia de la magistratura italiana.....	101
a. La independencia externa orgánica	103
i. La inamovilidad	103
ii. El nombramiento a través de concurso público	104
iii. Establecimiento de limitaciones para los magistrados en cuanto a su inscripción en partidos políticos y a su participación en la vida política	105
iv. Las cuestiones referidas al régimen retributivo de los magistrados.....	107
v. La posibilidad de ejercer funciones distintas a aquellas estrictamente jurisdiccionales	107
b. La independencia externa funcional.....	107
c. La independencia interna orgánica	109
d. La independencia interna funcional.....	115
2.2. El órgano de Gobierno de la magistratura italiana y los últimos debates constitucionales	115
2.2.1. «Il Consiglio superiore della magistratura»	115
2.2.2. «Il progetto della Bicamerale»	125
i. La unidad de la función jurisdiccional.....	126
ii. La acción penal.....	128
iii. La separación de la carrera.....	129
iv. El autogobierno de la magistratura.....	131
v. Las normas procesales. El art. 111 del Proyecto Bicameral	133
3. <i>La Constitución española de 1978</i>	136
3.1. El Poder Judicial.....	139
3.2. El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)	144

CAPÍTULO SEGUNDO

LA POSICIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL

I. El reconocido carácter dual del Ministerio Público holandés	155
1. <i>La naturaleza del Ministerio Público holandés</i>	159
2. <i>El Fiscal como miembro del Poder Judicial</i>	162
3. <i>La dependencia del Ejecutivo</i>	169

	<i>Página</i>
II. La asimilación del Ministerio Público italiano con la judicatura. Su total independencia.....	173
1. <i>La interpretación del artículo 107.4 de la Constitución italiana.....</i>	<i>179</i>
1.1. La interpretación «sistemática»	180
1.2. La postura de la «desconstitucionalización» de las garantías del Ministerio Público	183
1.2.1. La independencia de estatus funcional	185
1.2.2. La independencia funcional.....	187
1.2.3. La independencia orgánica	188
2. <i>El artículo 70 del RD de 1941 y la cuestión de la personalización.....</i>	<i>189</i>
III. La compleja definición del Ministerio Fiscal español.....	211
1. <i>El origen del debate sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal en España</i>	<i>211</i>
1.1. El debate constituyente.....	213
1.1.1. El Informe y el texto de la Ponencia constitucional.....	216
1.1.2. El debate en Comisión y su Dictamen.....	224
1.1.3. El debate en el Senado	233
1.1.4. El Dictamen de la Comisión Mixta y la aprobación del texto definitivo.....	236
1.2. La discusión «clásica» sobre el significado del artículo 124 de la Constitución española.....	236
1.2.1. El Ministerio Fiscal integrado en el Poder Judicial.....	239
1.2.2. El Ministerio Fiscal en la órbita del Ejecutivo	245
1.2.3. Posturas más eclécticas o intermedias	254
2. <i>El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional</i>	<i>259</i>
3. <i>El Ministerio Fiscal y la compatibilidad de sus misiones.....</i>	<i>272</i>
3.1. La defensa de la legalidad.....	280
3.2. La defensa de los derechos de los ciudadanos y la satisfacción del interés social	295

CAPÍTULO TERCERO

LA ACCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

I. El interés público en la acción del Ministerio Público	307
1. <i>Selección en el ámbito de la represión penal.....</i>	<i>311</i>
2. <i>Los controles sobre la ortodoxia de la actividad que desarrolla el MP en la fase de indagación e investigación penal</i>	<i>316</i>
3. <i>La efectiva unidad de dirección en la función acusatoria</i>	<i>329</i>
II. El Ministerio Fiscal en la instrucción	337

	<i>Página</i>
1. <i>El Fiscal en el proceso holandés. Un «dominus litis» del proceso.....</i>	341
2. <i>El Fiscal en el proceso italiano. Un fiscal independiente.....</i>	351
3. <i>El debate sobre la atribución de la instrucción al fiscal español y su «imparcialidad colectivamente reflexionada».....</i>	365

CAPÍTULO CUARTO

LA RELACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO CON EL PODER POLÍTICO

I. La nueva relación entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio Público, en la Ley de 1999 y el sentido de la reforma operada en el sistema holandés	397
II. La conflictiva relación del Ministerio Público italiano con el Ministro de Justicia y el poder político.....	411
III. La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) y la nueva relación entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno español	434
1. <i>¿Hacia una responsabilidad parlamentaria?.....</i>	444
1.1. La comparecencia parlamentaria (art. 29 EOMF).....	445
1.2. El plazo de nombramiento y las causas de cese (art. 31 EOMF) ...	450
1.2.1. El plazo de nombramiento	450
1.2.2. Las causas de cese.....	452
2. <i>La capacidad del Gobierno de «interesar» a la Fiscalía.....</i>	456
3. <i>El Consejo Fiscal y la «recusación» del Fiscal General.....</i>	467

CAPÍTULO QUINTO

LA ORGANIZACIÓN DE LAS FISCALÍAS

I. La Unidad descentralizada holandesa. Su nueva y atípica organización.....	471
1. <i>El «College van Procureurs-generaal» (arts. 130-133 RO).....</i>	474
2. <i>El «Landelijk Parket» (arts. 134 y 137 RO)</i>	479
3. <i>El nuevo «Functioneel Parket» (FPPO) y los «Special investigation departments»</i>	482
4. <i>Las «Tripartite Consultations». Los nuevos «inter-office partnerships».....</i>	483
II. La «Direzione Nazionale Antimafia». Una excepción a la «atomización»....	485
III. La nueva organización del Ministerio Fiscal español, según la Ley 24/2007 de reforma del EOMF	490
1. <i>Autonomía.....</i>	492
2. <i>Modernización, racionalización y especialización</i>	493
3. <i>Organización territorial.....</i>	504
4. <i>La carrera fiscal.....</i>	510

	<i>Página</i>
CONCLUSIONES	515
BIBLIOGRAFÍA.....	525

1. LA CONFIGURACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Uno de los acuerdos doctrinales más claros sobre la figura del fiscal –por otra parte escasos entre los que se constatan– consiste en entender, más allá de pequeñas desavenencias de perspectivas históricas, que la actual institución del Ministerio Público y la figura del fiscal, surgen a partir de los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII¹. Efectivamente, la aparición de la Fiscalía supone la consecución de no pocos avances en las teorías de justicia y en el propio sistema judicial.

En primer lugar, supone la asunción del monopolio de la fuerza por parte del Estado en un grado superior a lo que lo hizo la previa aparición del juez. Los pueblos germanos pensaban que tener un derecho era ser capaz de defenderlo y no entendieron la necesidad impuesta por el *ius gentium* de supeditarse a una autoridad pública para la resolución de cuestiones que consideraban siempre de ámbito privado². La figura del juez supone el reconocimiento de un interés público en la solución de conflictos, el respeto a las reglas, que merecen protegerse y que no pueden dejarse al arbitrio de los individuos. Supone, dicho en llano, la regulación de la venganza³: el fin del derecho a solucionar los conflictos por nosotros mismos.

Con el fiscal se avanza un paso más. A la solución de conflictos se le añade, dentro del monopolio de la fuerza, el interés público por la represión de la criminalidad que se asume como función pública. Nos estamos refi-

-
1. Ver por ejemplo, RUIZ GUTIÉRREZ, Urbano, «Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España», *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1952; PRIETO-CASTRO, Leonardo, «El Ministerio Fiscal en Europa», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n. 1-1977; PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio, *Historia de las Instituciones Públicas de España*, Universidad Complutense, Madrid 1995.
 2. MARINA, José Antonio y DE LA VÁLGOMA, María, *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Anagrama 2000. Se trata de una obra divulgativa muy entretenida que contiene muchísimos relatos que ejemplifican muy bien los logros filosóficos, políticos y jurídicos que han tenido que recorrer las sociedades hasta llegar al reconocimiento de la dignidad humana que poseemos hoy.
 3. MARINA, José Antonio y DE LA VÁLGOMA, María, *La lucha...*, *op. cit.*, pg. 61.

riendo a lo que aún denominamos acusador público, que será el encargado de ejercer de manera pública la iniciativa del proceso penal. Es cierto que con las resoluciones (sanciones) impuestas por el juez también se pretende la represión de la criminalidad y la disuasión de futuras conductas criminales, pero mediante la figura del acusador público se añade el interés del Estado en tomar la iniciativa, en ser activo, en la represión de los delitos. La acción pública del Ministerio Fiscal representa el propio interés del Estado, ya no de las partes, en la represión de la criminalidad y la administración de justicia. Los delitos ya no son solo un asunto privado entre partes que debe dirimir un juez, son también un asunto de interés público. Se aumenta el monopolio de la fuerza por parte del Estado.

En segundo lugar, la introducción de la figura del fiscal supone una evolución en la concepción de los intereses públicos. Desde las distintas formas de Estado más o menos avanzadas hasta el constitucionalismo moderno, no se ha ignorado jamás la importancia de la acción penal en manos del Estado como instrumento capaz de condicionar la vida de los ciudadanos. Un ejemplo claro de la justicia que monopolizó la acción penal y asumió como ninguna otra institución la función pública de la represión de la criminalidad fue la Inquisición. Esta institución, mediante un acusador público que representaba los intereses privados y públicos de las instituciones de poder (Iglesia y nobleza, aunque atributo especialmente de la primera) y que, asimismo, no era distinto del propio juez encargado del asunto –en una ausencia total de separación de poderes–, pudo conducir precisamente y sin problemas, «a la privación aflictiva de la vida, la libertad y la propiedad de las personas»⁴. Si bien más suave en su ejecución, en nada fue distinta la estructura de justicia del «*Ancien Régime*».

En la etapa revolucionaria, se produce un intento de huida de esta vieja estructura en sus dos vertientes, huida de la representación de los intereses del monarca por parte del acusador público y rechazo de la insolencia que supone la acumulación de funciones de acusador y juez en la misma persona (principio acusatorio): lo que elimina lógicamente todas las garantías de imparcialidad del juzgador que, encargado él mismo de la acusación, una vez mantenida o lograda ésta, no podrá desvincularse en su juicio de una acción

4. Como señala Díez-PICAZO «el diseño de la titularidad y el ejercicio de la acción penal afecta al núcleo de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado: la acción penal comporta la iniciación del proceso penal o, al menos, de su fase decisiva; y, por ello, es un arma formidable, ya que implica la activación de un mecanismo que puede conducir a la privación aflictiva de la vida, la libertad y la propiedad de las personas, por no mencionar que el mero hecho de ser acusado de la comisión de un delito, provoca ya considerable sufrimiento y estigma social». Díez-PICAZO, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona 2000, pg. 115.

previa, «interesada», que ya lo porta implícito. Acumulación de funciones que, por otro lado, cumplen perfectamente con la representación de unos intereses exclusivos. La acusación representa los intereses del monarca, el juicio también.

Con este propósito se establece la acción popular –por cierto ya presente en el sistema británico– mediante la que cualquier ciudadano puede ejercer la acusación penal en nombre de la Corona. Acción que generalmente ha sido ejercida por los mismos órganos encargados de la salvaguarda del orden público⁵. La función pública de represión de la criminalidad se traslada al ejercicio privado de la acción penal por parte de los ciudadanos y de las fuerzas del orden, en la perspectiva de que el celo de los ciudadanos –lejos ya de los intereses de las instituciones de poder– pueda llevar a cabo esta represión. Así, podemos afirmar que la acción popular supone el primer acusador público que representa unos intereses exclusivamente públicos y que, distinto de la figura del juez, puede ejercer esas funciones con ciertas garantías para el ciudadano. Al monopolio de la fuerza del Estado moderno, sustrayendo a los particulares la salvaguarda del orden público en todas sus dimensiones –aunque no absolutamente– se añade el logro constitucional revolucionario de la representación de los intereses públicos en la salvaguarda de ese mismo orden, con garantías para el individuo, al entender, precisamente, el conflicto de intereses que existe entre la función de acusar y la de juzgar⁶.

Queda aún un tercer estadio para llegar a reconocer a la figura del fiscal consensuada que mencionábamos al inicio de estas páginas: atribuir la acusación penal a una institución unitaria y jerárquica que sea capaz de actuar con criterios uniformes, dado que el ejercicio de la acción penal es a la vez, como se ha señalado por la doctrina, «un instrumento y una carga de la gobernación del Estado»⁷. Esta institución, heredera de otras figuras semejantes –gentes del rey, comisarios del rey– es el Ministerio Público⁸. Con la aparición del Ministerio Público se consolidan dos nuevos cambios en los sistemas de justicia:

5. En Inglaterra ha sido así hasta al menos 1985, siendo estos órganos los jueces de paz y, más tarde, la policía. Ver Díez-PICAZO, Luis María, *El poder de..., op. cit.*, pg. 112 y Caps. 2 y 3.
6. Aun sin estar centrado en la dimensión de los intereses, Díez-PICAZO –autor ya citado– expresa magníficamente estas ideas, cuyo hilo argumental sigo en esta introducción. Creo que se trata de la obra que mejor define al Ministerio Fiscal de cuantas se han consultado. No obstante, nos parece que, para la aparición de la figura del fiscal, el hecho de centrarnos en la dimensión de los intereses incorpora un argumento adicional. Este planteamiento se esboza en los párrafos siguientes.
7. Díez-PICAZO, Luis María, *El poder de..., op. cit.*, pg. 112.
8. Un estudio profundo de la historia y evolución del Ministerio Fiscal puede encontrarse en VELLANI, M., *Il pubblico ministero nel processo. Il diritto vigente*, Zanichelli, Bolonia 1965; LAINGUI, A., *Histoire du droit pénal*, Presses Universitaires de France, París 1993; y dedica-

1. El Estado vuelve a asumir el monopolio de la fuerza en toda su extensión: ha liberado a los ciudadanos incluso de la carga de iniciar el proceso penal –si bien no ha eliminado su derecho a hacerlo en algunos sistemas, como por ejemplo España–. En todo caso, se restringe la acción popular en virtud de la ineficacia del sistema y, sobre todo, de una concepción centralista de Estado y en especial, de la administración de justicia⁹. De hecho, a partir de este momento y, en este sentido, se perfilan dos tendencias dentro de la regulación del Ministerio Fiscal en base a esta concepción: la atribución del monopolio de la acción penal al Ministerio Fiscal –es el caso de Holanda e Italia– o por el contrario, el mantenimiento de distintas titularidades, como por ejemplo a través de la acción popular, en España.

2. Se abre la posibilidad de una nueva representación de intereses con garantías. No cabe duda de que el acusador público nacido de la acción popular representa en todo caso intereses públicos, en cuanto que está personado en el proceso como ciudadano y, en este sentido, es parte en la causa. Debe presumirse no obstante que, en cuanto a parte interesada –pues la acción popular la ejercerá en líneas generales quien tenga verdadero interés en la causa y resulta engañoso, o al menos difícil de pensar, que alguien que carezca de dicho interés sostendrá los enormes costes humanos y materiales de la acusación por mero altruismo con sus conciudadanos–, será realmente el interés individual, propio, el que lo sostenga, defienda y represente durante el proceso. El «*denonciateur civique*» –acusador público en la Ley francesa 16-29 de septiembre de 1791¹⁰– no sostiene la causa en realidad más que por un interés privado (aunque el interés que representa sea público) y, sobre todo, en ningún caso, como ciudadano individual que es, se podrá predicar de él la imparcialidad. Por lo tanto, no se puede esperar que represente los intereses del Estado o la estricta legalidad de manera imparcial.

Esta necesidad, representar los intereses del Estado o la estricta legalidad, supone, como puede observarse y hemos señalado, un mayor monopolio de la fuerza, al asumir el Estado el papel de garante –y al fin y al cabo definidor– de los intereses públicos de la comunidad susceptibles de representarse penalmente. E igual que sucedía en el planteamiento contenido en el punto anterior, de nuevo esta representación de intereses va a modular las

das a la evolución y expansión del modelo napoleónico, modelo al que estamos haciendo referencia, puede verse CONSO, G., *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bolonia 1979; GUARNIERI, C., *Pubblico ministero e sistema politico*, Cedam, Padova, 1984.

9. Rasgo este, la unidad del Ministerio Fiscal y de la administración de justicia, absolutamente presente aún hoy en la mayoría de los países y que además es uno de los rasgos fundamentales que definen el régimen territorial de un Estado. En este sentido, una de las reclamaciones del nacionalismo vasco y catalán en nuestro país es poseer una administración de justicia propia e independiente.

10. Ley que reconocía una acción popular sin restricciones.

características del Ministerio Fiscal sobre un mismo eje: la dependencia o independencia de la institución con respecto al ejecutivo, o lo que puede parecer lo mismo pero que incorpora sus propios matices, su pertenencia o no al poder judicial y, por tanto, su distinta relación democrática para ejercer según que competencias. Cuestión íntimamente ligada a su vez a una definición distinta de cuáles son estos intereses y cómo habrán de ejercerse y defenderse. Y directamente relacionado con este eje, con esta representación de intereses, encontraremos también la definición del principio de legalidad y de oportunidad dentro del Ministerio Fiscal, cuyo distinto significado y valoración de su papel como principio procesal está también relacionado en muchas ocasiones con pretensiones e intereses distintos en política criminal.

Es a partir de la Revolución Francesa cuando se quiebra definitivamente el principio de las monarquías absolutas; y el fiscal, por su parte, de servir los intereses (públicos o privados) del Rey, pasa a ser el servidor de los intereses (siempre públicos) de la comunidad¹¹. En ese momento podemos afirmar que se conforma el verdadero embrión del Ministerio Fiscal contemporáneo¹². Más tarde, y paulatinamente, el fiscal, incluso en algunos sistemas como por ejemplo el español, sin perder su originaria misión de promover el *ius puniendi*, ve acentuada su condición de órgano esencial para la estructura política del Estado, convirtiéndose en el «custodio de la legalidad democrática y tutelador de los derechos de los ciudadanos», en una evolución que, por supuesto, no se consumó enseguida pero que, como ha sido subrayado «se hace patente con fuerza creciente en las más modernas Constituciones»¹³.

Estas reflexiones nos llevan a matizar la afirmación de Díez-PICAZO cuando señala que la formación del Ministerio Público responde a «meandros» de la Historia, por lo que se demuestra que no se trata de una institución absolutamente «constante e imprescindible» en un moderno Estado democrático de derecho¹⁴. Estos cambios de curso que han ido configurando al Ministerio Público, han sido básicamente elementos que han ido definiendo, precisamente, lo que es un Estado democrático de derecho, siempre en íntima relación con un sistema de justicia específico y en contradicción con los demás, por ejemplo con un sistema que siguiera siendo inquisitorial.

11. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, «La naturaleza y los principios rectores del MF en la Constitución y el nuevo Estatuto orgánico», AA VV, *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid 1983, pg. 848.

12. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pg. 44. Es él quién escoge la cita y hace la consiguiente afirmación. Por eso esta doble anotación.

13. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «La naturaleza...», *op. cit.*, pg. 849.

14. Díez-PICAZO, Luis María, *El poder de...*, *op. cit.*, pg. 113. La cursiva es nuestra.

Y si este devenir no ha sido constante, ello se debe a que el sistema de garantías del Estado democrático de derecho tampoco ha seguido un proceso lineal y progresivo. Y así puede constatarse que los elementos constitutivos del Ministerio Fiscal referidos a la represión de la criminalidad como función pública –monopolizándola o no–; el principio acusatorio o acusatorio formal como garantía procesal de imparcialidad; la institucionalización de manera unitaria del Ministerio Fiscal que permite la representación de intereses públicos –ya sea mediante la legalidad o el principio de oportunidad–, han aparecido en momentos distintos de la historia; mas una vez alcanzados, han configurado una institución coherente con lo que significa el Estado democrático de derecho, y sobre todo, imprescindible para el correcto funcionamiento del mismo. Prueba de ello es, en primer lugar, que todos los Estados democráticos de derecho poseen un Ministerio Fiscal¹⁵. En segundo lugar y como argumento más relevante a nuestro juicio, cabe afirmar que resulta ciertamente dudoso que en un Estado democrático y de derecho pueda configurarse una institución que no cumpla con los requisitos democráticos y los elementos constitutivos que pertenecen al Ministerio Fiscal y que acabamos de enunciar. Y que, al mismo tiempo, pudiera tener atribuido siquiera la activación del *ius puniendi* del Estado, por no mencionar las demás funciones del Ministerio Fiscal.

Todas estas características, requisitos y elementos vienen recogidos en la definición dada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación (2000) 19. Éste es el Ministerio Fiscal del que partimos. No vamos a describir la evolución histórica del mismo, mucho y muy acertadamente se ha escrito ya sobre ello.

Establece el artículo 1 de la Recomendación (2000) 19 de 6 de octubre de 2000: «Public prosecutors are public authorities who, on behalf of society and in the public interest, ensure the application of the law where the breach of the law carries a criminal sanction, taking into account both the rights of the individual and the necessary effectiveness of the criminal justice system»¹⁶.

15. Puede no obstante argumentarse una excepción, Inglaterra y Gales. Pero incluso estos ejemplos, establecieron en 1986 el «*Crown Prosecution Service*» al amparo de la Recomendación de la «*Royal Commission on Criminal Procedure*» de 1981, que establecía que «there should be no further delay in establishing a statutorily based prosecution service for every police force area». Y ello aunque sólo fuera por que «the time has come, it seemed, to restate the relationship between the police and prosecutor, and to reconstruct the structure of this part of the criminal justice process and redefine the responsibilities of the respective parties». HALL WILLIAMS, J. E., *Introduction: the Role of the Prosecutor. Report of the International Criminal Justice Seminar held at the London School of Economics and Political Science in January 1987*, editado por J. E. Hall Williams. Avebury Press 1989.

16. «Los fiscales son las autoridades públicas que, en nombre de la sociedad y del interés público, aseguran la aplicación del derecho cuando la vulneración de la norma con-

La acción penal consiste en el acto de acusar a alguien por la presunción de que ha cometido un crimen; acto que se realiza como consecuencia del *ius puniendi* del Estado que precisamente se inicia mediante esta acción. Ésta es al menos la expectativa legítima del Estado, el respeto al derecho, su cumplimiento, mediante la persecución de las conductas punibles dentro del ordenamiento. Por lo tanto, debe entenderse como acción penal el ejercicio de la acusación que activa todos aquellos actos y decisiones posteriores en relación con el autor de la ofensa durante todo el proceso penal.

El Ministerio Público es así la organización de la autoridad pública, como quiera que ésta se denomine en los distintos órdenes, que asume la tarea especial y casi siempre específica de ejercer la acción penal en nombre del Estado. La definición de la Rec. 19 (2000) muestra el origen, las razones que motivan el Ministerio Fiscal; una institución mucho más joven que los procedimientos penales propiamente dichos, que incorpora la idea de que el ejercicio de la acción penal, la aplicación del derecho, constituye una función pública, una tarea o una misión pública. Desde este punto de vista, «la única posible definición del Ministerio Fiscal válida para más de un ordenamiento, ha de partir de la idea del ejercicio de la acción penal como función pública»¹⁷.

Desde una perspectiva comparada, sea cual sea la consideración que, en cada sistema, deban tener el resto de elementos que configuran el Ministerio Fiscal, así como el resto de sus tareas o competencias, éstas resultan accidentales, tendiendo a ser distintas entre unos ordenamientos y otros y terminando por configurar Ministerios Fiscales distintos. En este sentido se pronunció el Consejo de Europa, al diferenciar las Recomendaciones 2 y 3:

«2. En todos los sistemas penales, los fiscales:

- deciden si inician o continúan con la acusación pública;
- dirigen la actividad acusatoria en los procesos ante los juzgados;
- pueden apelar o conducir las apelaciones en lo que concierne a todas o a algunas de las decisiones judiciales.

3. En ciertos sistemas penales, los fiscales además:

lleva una sanción penal, teniendo en cuenta tanto los derechos del individuo como la necesaria eficacia del sistema de justicia penal». La traducción es mía. No existe un texto oficial en español de esta Recomendación, que sólo está publicada en inglés y francés. Dada la importancia de la definición, hemos mantenido una de las lenguas originales de redacción. Cosa que ya no hacemos luego.

17. Y ello porque «el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado es la única característica común a todas esas estructuras de agentes públicos y, por consiguiente, constituye el único dato sobre el que construir un concepto de Ministerio Fiscal de alcance general». Ver Díez-PICAZO, Luis María, *El poder de...*, op. cit., pg. 13.

- *implementan la política criminal nacional y, cuando corresponda, adaptándola a circunstancias regionales o locales;*
- *conducen, dirigen o supervisan las investigaciones;*
- *aseguran la asistencia efectiva a las víctimas;*
- *deciden sobre las alternativas existentes frente a la acusación;*
- *supervisan la ejecución de sentencias; etc...»¹⁸.*

En puridad la Recomendación 2 citada simplemente reconoce para todos los fiscales el poder, la prerrogativa para el ejercicio de la acción penal. La Recomendación 3 otorga libertad para elegir ejercer un cierto tipo de acción penal y completar la función del Ministerio Público y del fiscal, mediante diferentes y mayor número de tareas, configurando así una política criminal, un sistema penal distinto en su conjunto que evidentemente afectará también a la configuración final del Ministerio Fiscal que se trate. Además, a nuestro juicio la definición del COE muestra de forma clara, junto a ese elemento definidor que es la función específica del Ministerio Fiscal, los elementos y principios generales de los que se habrá de partir para indagar acerca de la naturaleza de esta institución.

2. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y MINISTERIO PÚBLICO: LAS RAZONES QUE INSPIRAN LOS DISTINTOS MODELOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Todas las instituciones jurídicas, como no podría ser de otra manera, son deudoras de las tradiciones recogidas a lo largo de los avatares de la historia. Y por supuesto lo son sus normas fundamentales, las constituciones respectivas, como pieza sustancial del sistema normativo y político. Así también lo son el Ministerio Fiscal y su estatuto constitucional.

18. Abreviación a la que podrían añadirse por ejemplo, muchas e importantes tareas civiles atribuidas a los fiscales en distintos ordenamientos, característica, a nivel comparado, mucho más presente en el Ministerio Público español que en sus homólogos holandés e italiano. Los supuestos más habituales en que se produce esta intervención se refieren a: aquellos asuntos en los que se pretende incapacitar o internar a una persona que se halla afectada por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que le impiden gobernarse por sí misma; aquellos en que se cuestiona la filiación (condición de padre, madre o hijo de unas personas respecto de otras; los procedimientos matrimoniales (la petición de separación o divorcio del matrimonio) cuando alguno de los interesados (cónyuges o hijos) es menor o una de esas personas está afectada por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que le impiden gobernarse por sí misma; todos aquellos procedimientos que se refieran a actuaciones de la Administración llevadas a cabo en materia de protección de menores. Además, en realidad en el derecho español, hoy podemos afirmar que el Fiscal está presente en todas las ramas del derecho, además del derecho penal.

Hemos de advertir acerca de la importancia de la regulación constitucional, o más bien del rango constitucional, en la naturaleza del Ministerio Fiscal. La distinción entre rango de ley y rango constitucional no es en absoluto irrelevante o indiferente.

Fundamental es esta cuestión en los casos italiano y español con respecto a la obligación del ejercicio de la acción penal y de muy distinta perspectiva y naturaleza, la discusión sobre estas cuestiones en el caso holandés. Lo cierto es que las tradiciones jurídicas y, en especial constitucionales, de Holanda frente a las latinas, plantean grandes diferencias. No cabe duda que también reflejan ciertas semejanzas y se advierte el nexo común de las codificaciones napoleónicas, cuya impronta se siente en toda Europa. Pero sin duda resulta evidente el hecho de que, en el caso de Italia y Holanda, siendo los dos ministerios fiscales de fuerte tradición francesa, hoy en día devienen casi antagónicos en muchas cuestiones. Es una prueba más de que, si bien la historia jurídica y las tradiciones pueden ayudarnos a entender y a relacionar elementos dispares, en ocasiones, pueden también limitar el análisis. Las divergencias entre ambos ministerios públicos son modernas, fruto en ambos países de procesos históricos y decisiones constituyentes relativamente recientes, que un análisis de las tradiciones jurídicas no llegaría a apreciar.

En España y en Italia los avatares históricos han hecho que las constantes mutaciones constitucionales arrastraran consigo al Ministerio Fiscal, que ha transitado por diversas opciones o modelos. En Holanda, de tradición constitucional más antigua, con una democracia más consolidada, el Ministerio Público ha permanecido fiel a sus características esenciales. Los ministerios fiscales italiano y español son fruto de una reacción constitucional a períodos oscuros de dictadura; el ministerio público holandés refleja una continuidad dentro de una tradición jurídica ecléctica pero autóctona, consustancial al modelo. A través del análisis constitucional es perfectamente posible trazar la institución del ministerio público en los casos español e italiano, sin embargo, en el caso holandés, este análisis debe circunscribirse a su tradición jurídica: longeva, ecléctica como he mencionado, firme, estable y democrática.

Por todo ello, hemos dedicado un amplio capítulo a estudiar los modelos judiciales –en sentido amplio del término– presentes en el constitucionalismo actual de cada país. Partimos del convencimiento de que, sin este estudio previo, no puede entenderse el Ministerio Público más allá de un estudio sistemático de la legislación que le concierne. No obstante, si pretendemos además alcanzar una comprensión más global del significado de la institución en el seno de cada Estado, en cada sistema jurídico, es necesario adquirir un conocimiento previo del conjunto de los principios constitucionales

que inspiran la administración de justicia, o del poder judicial –ya tendremos ocasión de realizar más precisiones a este respecto–; en definitiva, del conjunto de cada sistema de justicia que se desprende de las respectivas constituciones. No en vano, el significado jurídico-político del Ministerio Público, sus misiones, o su consideración política y hasta social, como tendremos ocasión de comprobar, no es la misma en Holanda, Italia o España. Y creemos que ello no siempre depende tanto la configuración de un órgano que, al fin y al cabo, tiene atribuido la promoción del *ius puniendi* del Estado en todos estos modelos, sino de una distinta concepción con determinadas connotaciones constitucionales sobre el principio de legalidad, la independencia del poder judicial, o respecto de sus órganos de gobierno, entre otras cuestiones. Un estudio aislado de la institución sin penetrar en estas diferencias de origen constitucional, y que impregnan todo el sistema de justicia de cada uno de los países, nos dejaría huérfanos de la raíz, el origen y, en determinadas cuestiones, de la razón fundamental y explicación más plausible que diferencia a cada Ministerio Público.

Por razones muy similares, y como se señala en el propio título, este estudio se ha realizado desde la óptica comparada. La inclusión de la perspectiva comparada, la introducción del análisis de distintos ministerios fiscales para observar las analogías y las diferencias en las mismas cuestiones, creemos que ayudarán a analizar, a enfocar bajo nuevos prismas, la naturaleza, los problemas –o las virtudes– del propio Ministerio Fiscal español. Y en esta tarea, por supuesto, habrá también que determinar la naturaleza y situar los problemas o las virtudes de los otros dos ministerios fiscales. Un breve ejemplo de lo que me refiero: veremos cómo la doctrina holandesa acepta sin problemas que el Ministerio Fiscal pertenezca a la judicatura –o Poder Judicial, más adelante convendrá plantear alguna precisión terminológica al respecto– y que, a su vez, dependa del Ejecutivo. La doctrina española, sin embargo, plantea la cuestión en unos términos donde esta situación es inconcebible. La discusión sobre la pertenencia o no del Ministerio Fiscal al Poder Judicial sirve, precisamente, para justificar o rechazar la dependencia del mismo frente al Ejecutivo. Pues bien, quizá, y en cualquier caso será provechoso, podamos entender mejor la naturaleza del Ministerio Fiscal español si enfocamos la discusión desde los términos holandeses que permiten semejante afirmación y que claramente apuntan hacia la idea de una naturaleza dual del Ministerio Fiscal.

Por qué Holanda e Italia. La elección del primero resulta desde luego más llamativa. No es un país de nuestro entorno más inmediato con quien España haya cruzado claras influencias jurídicas y no es Holanda tampoco un país cuyo radio de influencia jurídica sea extenso y constatado, sino más

bien, todo lo contrario, es prácticamente un caso único. Aunque siempre sea un argumento fuerte estudiar un país cuya influencia jurídica haya sido importante, pues permitirá después entender muchos elementos de los ordenamientos o culturas jurídicas que se encuentran o que estuvieron bajo su esfera de influencia, es también posible darle la vuelta a este argumento. Como se ha mencionado, Holanda es un caso único que ha buscado con enorme insistencia –más que muchos otros casos– alcanzar el equilibrio entre el principio de legalidad y la política criminal. Y en esa búsqueda ha terminado por decantar la balanza en favor de la política criminal más que ningún otro país europeo. Conocida es, desde los años sesenta, su política criminal sobre la prostitución, consumo de drogas y eutanasia. Entraremos en ello, pues su Ministerio Fiscal es una institución fundamental, casi la más determinante, en el desarrollo de estas políticas. Me gustaría además añadir que Holanda aporta la riqueza de un acervo jurídico ecléctico, tomando elementos británicos, franceses y alemanes. Podremos por ejemplo constatar que, partiendo de una muy marcada influencia francesa en el ámbito del proceso criminal, igual que España, ambos países evolucionaron en direcciones contrarias. Por último, la escasez, casi la inexistencia en España de estudios sobre un Ministerio Fiscal como el holandés que, cuanto menos, llama la atención por su singularidad en el ámbito europeo y por su relevancia dentro de su propio sistema jurídico constitucional, creo que es razón suficiente para su elección. Dentro del ámbito jurídico de la Unión Europea, es necesario el conocimiento y el intercambio de reflexiones entre todos sus miembros.

En el caso de Italia pueden argumentarse algunas razones de signo contrario para su elección. Italia sí es claramente un país de nuestro entorno, con quien España comparte una amplia tradición jurídica y constitucional. No obstante, si algo tienen en común con Holanda, es que el ministerio público italiano también es un caso único. Ningún país europeo ha dotado al Ministerio Fiscal de la independencia de la que disfruta el *«Pubblico Ministero»*. Independencia que, como veremos, lleva por necesidad aparejada una restringida acepción del principio de legalidad. En la dicotomía que mencionábamos antes, Italia ha decantado la balanza por el principio de legalidad de una manera absoluta. Es decir, Italia es el caso contrario a Holanda, y España se encuentra equidistante entre ambos. Éste es el motivo fundamental de la elección del modelo italiano. Con el Ministerio Fiscal italiano, se cubre el estudio de los ejes independencia/dependencia, legalidad/oportunidad, en toda su amplitud.

Se trata de identificar, analizar y comprobar, a través de los tres ejemplos citados, los elementos de convergencia y los elementos de separación que puede haber entre los distintos ministerios fiscales, sus especificidades y lo

que, a nuestro juicio, es más importante, su relación con los principios democráticos y jurídicos dentro del conjunto del sistema político. Sólo así podremos llegar a saber qué tipo de ministerios fiscales tenemos, qué Estatutos de Ministerio Fiscal queremos y cómo podemos hacerlos converger en pro de una mayor unidad jurídica y política en Europa.

Esto nos lleva a la metodología de este trabajo. La perspectiva comparada. Claro que no serán novedad los elementos de análisis extraídos de la definición escogida –de qué tipo de autoridad se trata; qué quiere decir actuar en nombre de la sociedad y del interés público; de qué modo las fiscalías aseguran la aplicación de la legalidad–, pero sí pretendemos que lo sea el modo de análisis. De hecho, la perspectiva comparada nos parece, en este estudio, el único modo posible de averiguar si resulta posible hablar en términos similares del Ministerio Fiscal, considerándolo como una institución presente en todos los sistemas democráticos. Se analizarán las mismas cuestiones en cada uno de nuestros tres ejemplos con el propósito de comprobar las diferentes respuestas de cada sistema; pues aunque hayamos asumido la hipótesis de que se puede hablar de una institución análoga en todos los sistemas democráticos, no cabe duda de que ésta varía entre cada sistema y en cada país, incluso en relación a las características más significativas de dicha institución. La perspectiva comparada y el análisis de los elementos del Ministerio Fiscal, no meramente desde el punto de vista teórico –que también– sino mediante ejemplos concretos y adentrándonos en realidades jurídicas distintas, nos permite, precisamente, señalar el diferente enfoque, la distinción específica, el peculiar significado que tiene en cada sistema jurídico. No en vano, es posible admitir una definición en términos amplios de lo que es el Ministerio Fiscal –el Consejo de Europa así lo hizo y se parte de su consideración para el análisis que se propone– pero no está en absoluto garantizado que esta definición responda al resto de las preguntas que debemos plantear –verdadera naturaleza, importancia, funciones dentro del sistema–. Es más, no lo hace. Por ello, deberemos analizar los elementos específicos y diferenciales que caracterizan a cada Ministerio Fiscal y preguntarnos si es posible precisar aún más esta definición, así como la forma de abordarlo.

Sin duda, uno de los grandes problemas acerca de la determinación de la posición institucional del Ministerio Fiscal radica en que «la definición de la naturaleza constitucional de un órgano predetermina su funcionamiento, por lo que en ocasiones se ha tratado de eludir su concreción para evitar las consecuencias político-constitucionales que se derivarían, por pura coherencia, de cualquier fórmula que precisase sus rasgos esenciales»¹⁹. Máxime en

19. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y los intereses generales», *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales, Vol. II, pg. 1983.

este caso, por cuanto el Ministerio Fiscal es una institución «que no exige y tal vez no necesite ni le convenga una delimitación conceptual ni técnica tan precisa como la de los órganos jurisdiccionales»²⁰.

De hecho, puede afirmarse que el Ministerio Público no es una institución innata sino fruto de la historia y que han sido las necesidades «pragmáticas y las construcciones técnico-jurídicas, más que las concepciones doctrinales preestablecidas, las que han configurado su naturaleza y funciones»²¹. En multitud de ocasiones, la construcción de los ministerios fiscales ha podido incorporar variados matices como consecuencia de esos antecedentes históricos, necesidades y características distintas en cada sistema político, en cada sociedad. No obstante esas construcciones técnico-jurídicas, por los propios límites que se derivan de los principios democráticos, no pueden ser infinitas. Proviene además de la necesidad de conjugar la raíz histórica, que fijó en la institución la función de defensa de los derechos de la Corona o de los intereses públicos a ella encomendados, así como de la propia dogmática que se impone gracias al empuje de las corrientes ideológicas de la Ilustración que provocan la transformación del proceso penal en el siglo XIX²².

Realizada esta consideración, lo que no puede dudarse es que el Ministerio Público debe ser una autoridad pública, como recoge de forma imperativa la definición del Consejo de Europa (Rec. 19 [2000]). De esta circunstancia podemos extraer dos características comunes a todos los ministerios públicos:

1. En cumplimiento del principio de legalidad y en un sistema democrático, la institución, en primer lugar, habrá de estar expresamente regulada mediante instrumentos legales emanados de entidades soberanas capaces de investir de autoridad a los distintos órganos del Estado. Y para cumplir todos estos requisitos en democracia, esos instrumentos normativos solo pueden proceder de la Constitución o de la ley, puesto que las únicas entidades soberanas que pueden investir de autoridad a un órgano provienen del pueblo, en un ejercicio de democracia directa, o del parlamento, en un sistema de democracia representativa.

En segundo lugar, esa legislación, para cumplir con el principio de legalidad y no vaciar de contenido a la institución, habrá de recoger cuanto menos el fundamento de su autoridad, los principios básicos de su funciona-

20. PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, «El Ministerio Fiscal en Europa», *Temas de Derecho Actual y su Práctica*, Salamanca, 1979, pg. 358.

21. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Pamplona 1999, pg. 15.

22. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 15.

miento interno y estructura general y, sobre todo, su posición institucional dentro del entramado y del equilibrio de poderes del conjunto del sistema político²³.

Otra cuestión es que se realice de forma más o menos concreta o adecuada, pero no cabe duda que una institución que –como ya hemos analizado– tiene su origen y se caracteriza por ostentar nada menos que la «autoridad» para ejercer la acción penal –con toda la interferencia del poder público que ello significa en la vida ciudadana– debe contar con una regulación específica que no puede quedar en manos del ejecutivo. No debe ser nunca el Ejecutivo el órgano llamado a regular las instituciones básicas del Estado –y el Ministerio Público lo es y, entre ellas, cabe incluir asimismo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o a la Hacienda Pública, entre otras– pues no es un órgano deliberante, que aplique reglas de mayoría, de protección de minorías, etc.; *in fine*, no es el órgano llamado a legislar. No pretende ser éste, por cierto, un lugar para discutir sobre teoría del Estado, cabe únicamente llamar la atención sobre este aspecto, para subrayar dos cuestiones:

a) La Recomendación 19 (2000) establece que el Ministerio Fiscal ha de ser una autoridad pública. Lo que, en cumplimiento del principio democrático de legalidad, implica que debe estar expresamente regulado en un instrumento, cuanto menos, con rango de ley. Pero también puede estarlo bajo cobertura constitucional. Y esta distinción no es en absoluto baladí. Como instrumentos legales, la Constitución y la ley no tienen relevancia comparable, luego no tiene igual valor el reconocimiento de los principios bajo los cuales se ejerce la acción penal; ni el reconocimiento de su posición institucional establecida mediante principios y reglas que marcan el juego de equilibrio de poderes (autoridad/responsabilidad, poderes/controles). Un principio reconocido constitucionalmente se enfrenta con firmeza a las demás normas en una relación jerárquica y, lo que es más importante, se comporta con la fuerza expansiva de los principios constitucionales a la hora de interpretar los preceptos del legislador. Cualidad que una norma con rango de ley no tiene ni, por tanto, su previsión acerca de la posición institucional del Ministerio Fiscal o de la ejecución de la acción penal bajo esos principios. Si la previsión del nombramiento del Fiscal General del Estado es de rango

23. Como afirma Luigi FERRAJOLI, el significado de Estado de Derecho puede asociarse «a las dos nociones del principio de legalidad...: a la legalidad en sentido lato, o validez formal, que exige solamente que sean predeterminados por ley los sujetos y titulares y las formas de ejercicio del poder; y la legalidad en sentido estricto, o validez sustancial, que requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión». FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, 1995.

constitucional, cualquier reforma a este respecto conllevará necesariamente una reforma constitucional. Siendo de rango legal, bastará la aprobación de una nueva ley. La disponibilidad del legislador es mucho mayor en este segundo caso, lo que, sin duda, ha de identificarse con una mayor inseguridad jurídica, en definitiva, con un menor calado de los principios que fundamentan el Ministerio Fiscal. Volveremos a ello más adelante al analizar el caso holandés, donde cabrá plantear determinados matices.

b) No debe confundirse la capacidad de nombramiento con la legitimidad para actuar. La legitimidad para actuar del Ministerio Fiscal, tal y como acabamos de afirmar en el anterior apartado, solo puede nacer de la ley o de la Constitución. Cuestión distinta es que esa legalidad que le sirve de fundamento, establezca que la capacidad de nombramiento de los distintos cargos de la Fiscalía esté atribuida al Ejecutivo, lo que sin duda podrá dotar al Ministerio Fiscal de una naturaleza ejecutiva y política. Del mismo modo que, en este caso, para cumplir con los principios democráticos, esa misma legalidad deba arbitrar mecanismos de responsabilidad política si decide atribuir funciones de esa misma naturaleza al Ministerio Fiscal. No obstante, la legitimidad para actuar de este Ministerio Fiscal es la misma que la de un Ministerio Fiscal de carácter esencialmente judicial. Para ambos supuestos proviene de la legalidad.

La legitimidad de los fiscales federales norteamericanos («*U.S. Attorneys*») para actuar, no proviene de su nombramiento por parte del Presidente, mediante la consulta y la aprobación del Senado²⁴, sino de su previsión y regulación en el «*Judiciary Act*» de 1789, que creó la organización judicial federal y le atribuyó el ejercicio de la acusación penal. Su nombramiento por el Presidente del país por imperativo constitucional, junto con otras garantías democráticas como la posibilidad de cesarlos en cualquier momento, la expiración de su mandato en cuatro años –en todo caso–, o su dependencia jerárquica del departamento de Justicia, que puede dictar órdenes o emitir instrucciones sobre el modo de ejercer la acción penal, incluso revocar su nombramiento, permite que los «*U.S. Attorneys*» sean abiertamente considerados parte de la clase política, que se trate de juristas que pertenecen o son afines al partido político del presidente de turno, que disfruten de un amplio margen de autonomía operativa de manera que puedan acomodar el ejercicio de la acción –su tarea– a las demandas y necesidades de su distrito y de su población²⁵. Pero todo ello no es fuente de su legitimación para actuar, para «ser». Retomaremos más adelante esta cuestión.

24. *Appointments Clause*, art. II, sección 2 de la Constitución de los EE UU.

25. EE.UU. OFICINA DEL REGISTRO FEDERAL (Office of the Federal Register) *The United States Government Manual (1992/1993)*; Washington DC 1993, pgs. 371 y ss. Aquí puede encontrarse una información detallada sobre la organización del Ministerio Público norteamericano y del Departamento de Justicia.

No obstante, la conclusión que hemos de obtener de este primer razonamiento es que todo Ministerio Fiscal como autoridad pública, nace y obtiene su legitimidad de la legalidad adecuadamente articulada como principio inherente a toda democracia. Su regulación expresa, el mandato atribuido por el legislador (en sentido amplio del término) de activar el *ius puniendi* del Estado es lo que le legitima para actuar. Y ese mandato deberá recoger los principios fundamentales, tanto formales como materiales, de la institución. Cualquier Ministerio Fiscal que no cumpla estas características no podrá ser considerado una autoridad pública dentro de un régimen democrático.

2. La cuestión del Ministerio Fiscal como autoridad pública ha sido abordada por la doctrina tratando de ubicarlo dentro de uno de los tres poderes; prácticamente ninguna posición doctrinal de relevancia ha sostenido que pudiera configurarse como un cuarto poder, como una autoridad pública nacida, configurada y organizada de manera independiente, directa y expresamente, en la norma de mayor rango. No obstante, la discusión se ha ido reconduciendo hacia la idea de si el Ministerio Fiscal debe ser independiente o no, o en qué grado, del ejecutivo; lo que a su vez, ha derivado en mostrar el envés de la moneda: defender su pertenencia o no al poder judicial y, por tanto, propugnar la aplicación de las garantías de independencia de la judicatura y de los magistrados al Ministerio Fiscal y a los fiscales. Subyace en este enfoque la honda preocupación por la «criminalidad gubernativa»²⁶ y, para hacer frente a esta amenaza, contar con un Ministerio Fiscal lo más alejado posible de las influencias políticas.

En cuanto a la posición institucional del Ministerio Público conviene ser consciente de la realidad práctica a la que responden los distintos razonamientos, ya que existe una conexión clara entre las variables de su configuración y los valores que se pretendan. Es decir, bajo cualquier fórmula institucional no se lograrán los objetivos a los que se aspira. No debe olvidarse que existe una fuerte relación entre la acción penal, la posición institucional del Ministerio Público y los valores democráticos.

El hecho de legitimar al Ministerio Público para el ejercicio de una acción penal, ya sea bajo el principio de legalidad o el de oportunidad, no obliga a configurarlo de una manera determinada. Así, podemos encontrar ejemplos de todas las combinaciones posibles: dependencia/obligatoriedad (legalidad); dependencia/discrecionalidad (oportunidad); independencia/obligatoriedad; independencia/discrecionalidad. Lo que sí sucede es que,

26. Retomaremos más adelante esta idea, fundamental en el modelo italiano. Una breve y clarificante exposición de esta perspectiva se encuentra en Díez-PICAZO, Luis María, *El poder de..., op. cit.*

una vez elegido el binomio, los controles y requisitos democráticos y las consecuencias de una determinada configuración sí quedan condicionadas y son casi previsibles.

Hagamos referencia a nuestros ejemplos, que se mueven desde la dependencia/oportunidad característica del modelo holandés, hasta la independencia/obligatoriedad italiana, pasando por la situación intermedia española de discutida dependencia o independencia/obligatoriedad, y que, como sostendremos en estas páginas, admitiría un principio de oportunidad reglada.

Los modelos de justicia en las constituciones de Holanda, Italia y España

I. LAS CONSTITUCIONES HOLANDESA, ITALIANA Y ESPAÑOLA: NATURALEZA

1. LA CONSTITUCIÓN HOLANDESA. ¿UNA CONSTITUCIÓN NO RACIONAL-NORMATIVA?²⁷

No deja de ser ya casi anecdótico, pero es perfectamente posible relacionar la historia constitucional holandesa con España. Fue Carlos I de España y V de Alemania quien bajo su domino había unificado por primera vez los territorios de los Países Bajos. No obstante, será después del comienzo de la guerra de los ochenta años, en 1579, cuando aparece la «Unión de Utrecht». En 1581 esta Unión territorial consiguió sacudirse el domino español de Felipe II, estableciéndose en 1588 como una república y rechazando directamente la idea de una monarquía: «República de las siete Provincias Unidas». La «Unión de Utrecht» operaba en realidad, en muchísimos aspectos, «como la norma constitucional de la confederación»²⁸ y las siete provincias cubrían prácticamente el mismo territorio que la actual Holanda²⁹. Su reconocimiento internacional llegó con la Paz de Westfalia de 1648, que significó el fin de la guerra de los ochenta años y que supuso la renuncia definitiva del reinado español sobre los territorios de los países bajos.

27. Para obtener nuestra propia, y por supuesto criticable, respuesta a esta pregunta habrá de tenerse en cuenta el siguiente epígrafe (*supra* II, 1, 1.1, 1.1.1).

28. CHORUS, J. M. J., «History», *Introduction to Dutch Law*, J. M. J. CHORUS, P. H. M. GERVEN, E. H. HONDIUS and A. K. KOEKKOEK. Kluwer Law International, 1999, 4ª edición. Existe una nueva edición de 2007.

29. Estas provincias eran Gelderland, Holland, Zeeland, Utrecht, Friesland, Overijssel y Groningen.

Ya en este punto hay que hacer notar la estructura confederal de la República, en donde podemos observar un claro antecedente de la gran descentralización que ha existido siempre en Holanda, junto a la decisión deliberada entonces de no establecer una monarquía. Una decisión del todo extraña en aquellos tiempos y fácilmente justificable, si consideramos el alcance, precisamente, de la independencia de la monarquía española. La República se organizaba en un primer nivel en Estados Provinciales (*Provincial Estates*), que mantenían la soberanía y la autonomía en materias legislativas y judiciales y, en bastantes aspectos, en materias fiscales³⁰. Estos Estados y los gobiernos provinciales quedaban en manos de «una relativa clase abierta de familias burguesas respetables»³¹. Representantes de los Estados Provinciales formaban los Estados Generales de la Confederación, teniendo poder para decidir sobre materias de política exterior, cuestiones de defensa, así como la declaración de guerra y paz. Las decisiones de esta Cámara se tomaban por unanimidad, lo que hacía complejo el proceso, pero resalta ya de antiguo la costumbre holandesa de la búsqueda de acuerdos en el ámbito político³².

Contrarrestando esta fuerte descentralización existió un elemento profundamente unificador³³: El «*Stadhouder*», antiguo representante del príncipe territorial, se convierte en el más importante funcionario (*servant*) de la provincia, incrementado su poder a lo largo de los años con competencias de nombramiento de puestos de importancia y, sobre todo, con el mando –Comandante en Jefe– de la Armada y de la Marina. Pues bien, desde 1590 en adelante, tan sólo dos hombres aglutinaban todas las «*stadholderships*» de

30. ALKEMA, E. A., «Constitutional Law», *Introduction to Dutch Law*, J. M. J. CHORUS, P. H. M. GERVEN, E. H. HONDIUS and A. K. KOEKKOEK. Kluwer Law Internacional, 1999.

31. ALKEMA, E. A., «Constitutional...», *op. cit.*, pg. 291.

32. La sociedad holandesa, dividida en «*pilares*» desde principios del Siglo XX, está acostumbrada a la necesidad de búsqueda de acuerdos. El modelo político actual, llamado el Polder Model (sistema de diques), es una metáfora de la necesidad de colaboración entre todo tipo de entidades para el control del agua. De hecho, el sistema parlamentario holandés, muy proporcional, ha dado siempre gobiernos de coalición, haciendo de Holanda un ejemplo claro de «*Estado consociacional*». Para toda esta explicación, es espléndida la obra ya clásica –aunque necesite una reedición más actual– LIJPHART, Arent, *Politics of accommodation. Pluralism and democracy in the Netherlands*, Edi. Ann Arbor, Michigan, 1994 UMI. El profesor L. BESSELINK, a quién citaremos a largo de esta obra, contaba en su clase de Derecho Constitucional (Universidad de Utrecht 2000/2001) la siguiente fábula: en la UE, después de una larga reunión de horas, los británicos se van al *pub* a tomarse una cerveza, los alemanes se van a dormir y los holandeses se van a seguir discutiendo para llegar a una posición común.

33. En realidad, en Holanda siempre ha convivido una fuerte descentralización administrativa heredada de su tradición, hoy establecida en general en agencias independientes, con constantes elementos pretendidamente unificadores. Es una de las grandes tensiones dialécticas sobre las que gira su política y también el Ministerio Fiscal. Como afirma ALKEMA: «*The previous confederal basis was replaced by a decentralized structure. Today decentralization is still a very important feature of all government functioning*». ALKEMA, E. A., «Constitutional...», *op. cit.*, pg. 323.

las provincias: el Príncipe de Orange y un miembro de la Casa de Nassau. En 1747, el Príncipe de Orange recibe el «*stadholdership*» en las siete provincias con derechos de sucesión.

Es importante hacer notar lo moderno de esta estructura política que precede tanto a la revolución francesa como a la americana y que procede, sin duda, de influencia inglesa –como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta las alianzas religiosas que sustentaron la guerra de los 80 años–, dejándose notar en su tradición constitucional, como enseguida veremos. Y habrá que tenerlo en cuenta también para considerar el peso de la tradición en el proceso de consolidación de los elementos democráticos y de las estructuras políticas en el sistema holandés, pues como se pone de relieve, sus antecedentes son verdaderamente lejanos. Desde luego lo son mucho más que en el caso italiano y español.

Pero aquellos tiempos donde «se ejercía la regla liberal de ejercitar la tolerancia en lo que se refiere a la religión y la libertad de prensa»³⁴ terminaron con la invasión de las tropas francesas en 1795. Tras la firma del Tratado de La Haya entre franceses y holandeses, se constituyó la República Bátava³⁵. Las consecuencias fueron inmediatas: por primera vez, la República se convierte en un Estado unitario tras la «victoria» de los «afrancesados» en la redacción del Texto Constitucional de 1798. La República fue sustituida por el «Reino de Holanda» (1806), siendo nombrado rey Luis Bonaparte, hermano de Napoleón. La influencia codificadora se hace perceptible. Y también, la influencia francesa se dejó notar no sólo en el derecho constitucional y administrativo, sino también en el «derecho civil y mercantil, en el proceso civil y penal y en el derecho penal sustantivo»³⁶. Por primera vez, se elaboran códigos nacionales de Derecho Civil y Penal (1809), lo que hace pertenecer a Holanda a la familia francesa de sistemas normativos «por lo menos en lo que se refiere al derecho civil»³⁷. Si bien, en opinión de algunos autores, el Código Penal no recogía apenas elementos franceses sino más bien retenía

34. ALKEMA, E. A., «Constitutional...», *op. cit.*, pg. 291.

35. El Tratado de La Haya supuso prácticamente la sumisión de Holanda a los revolucionarios franceses. En este tratado se estipulaba que la República apoyaría a los franceses poniendo a su disposición la mitad del ejército y de la flota; además, la República se comprometía a avituallar a 25.000 soldados de las tropas francesas, a pagar a Francia una indemnización de 100 millones de florines y a entregarle las ciudades de Venlo y Maastricht. Gracias a la intervención de Pieter Paulus, Presidente de los Estados Generales que, en aquel momento todavía estaba en funciones, se consiguieron evitar medidas aún más severas. A causa del Tratado de La Haya, Inglaterra declaró la guerra a la República y ocupó sus colonias. Por cierto que, en la República Bátava, se establece por primera vez un sistema de recaudación fiscal uniforme en todo el país. (Consulta en Enciclopedia Británica).

36. BRUINSMA, Fred J., *Dutch law in action*, Ars Aequi libri 2003, pg. 9.

37. *Ibidem*, *op. cit.*, pg. 9.

el derecho romano holandés. Pero no fue éste el caso de los Códigos Civil, Procedimiento Civil, Comercial y, sobre todo, más relevante, la Ley de la Organización de la Judicatura, que eran «casi traducciones literales» de las homólogas normas francesas³⁸. De cualquier modo, los códigos franceses permanecieron buena parte del siglo XIX (el Código Penal hasta 1886 y el de Derecho Procesal Penal hasta 1926), manteniéndose muchos principios e instituciones francesas sólidamente enraizadas en el derecho holandés³⁹. Por ejemplo, el modelo de Ministerio Fiscal.

Con la caída de Napoleón y la aceptación del trono por parte de Guillermo I, se establece el actual Reino de Holanda «*Koninkrijk der Nederlanden*», dotándose de su primer texto constitucional en 1814. Y es lugar común en la doctrina constitucional holandesa considerar el texto constitucional como un único texto, una única Constitución a partir de dicha fecha, a pesar de los numerosos cambios producidos. Nos detendremos en esta cuestión al abordar los principios constitucionales.

Dos elementos contrarios a su tradición y que, sin embargo, han permanecido a lo largo del tiempo fueron por primera vez reconocidos en esta norma: la unidad del país y el reconocimiento de la monarquía. El «*Stadhouder*» no sería ya ni mucho menos un Jefe del Estado en la Unión de Utrecht y los Estados Generales se configuran más bien como una reunión de las provincias que como un Parlamento nacional. Sin embargo, durante el período francés (1795-1813) el gobierno estuvo siempre centralizado. Las ventajas de esta forma de administración resultaron ser tan claras, que se decidió establecer un Estado unitario⁴⁰. Por supuesto, un Estado unitario ya fuertemente descentralizado, mediante el reconocimiento constitucional de provincias y autoridades locales, pero con una soberanía residenciada únicamente en las instituciones centrales⁴¹. No obstante, la Constitución holandesa ha dejado siempre amplio espacio al legislador –además de en

38. *Ibidem*, op. cit., pg. 9.

39. CHORUS, J. M. J., *Introduction...*, op. cit., pg. 12.

40. KORTMANN, C. A. J. M., y BOVEND'EERT, P. P. T., *An Introduction to Dutch Constitutional Law*, Kluwer Law, 1993 pg. 1.

41. KORTMANN, C. A. J. M., y BOVEND'EERT, P. P. T., *An Introduction...*, op. cit., pg. 4. En realidad, la cuestión de la descentralización en Holanda ha sido siempre un caballo de batalla política. A lo largo del siglo ha habido tendencias de los dos tipos. Una edición inglesa de la Constitución después de la revisión de 1983 («*Constitutions of the countries of the world*» Blaustein, Albert P. Oceana Editor), en su prólogo, confirma lo siguiente: «while the constitutional structure has been modernized, the administrative organization has not been significantly altered. The trend toward greater centralization has not been stopped or reversed». En realidad la administración holandesa está conformada, en general, por agencias independientes, que tendremos ocasión de analizar. Esta cuestión de centralización o descentralización administrativa ha afectado también al ministerio público, como asimismo tendremos ocasión de comprobar.

otras cuestiones— para la definición de la organización y poderes de los órganos de gobierno descentralizados, del gobierno territorial y el funcionamiento de la administración, abordándose siempre como una cuestión de gobernabilidad y de tendencias políticas más que como una cuestión constitucional de fondo⁴².

Pero no cabe duda que lo que más sorprende es el establecimiento de la monarquía después de que, desde la abjuración de Felipe II en 1581, el país se había mantenido como una república. Lo que no significa para la mayoría de la doctrina, que, en realidad se cuestionara o se haya perdido la tradición republicana, pues las disposiciones constitucionales que se referían a los poderes del gobierno y de las cámaras, así como a su relación —que datan en su mayoría de las reformas constitucionales de 1840 y 1848— no impidieron nunca el desarrollo y la evolución de una monarquía, que comenzó gobernándolo todo, hacia a un sistema parlamentario donde el principio de confianza juega un papel fundamental. Además y como se ha puesto de relieve por la doctrina, la decisión colegiada de los ministros es un rasgo característico del derecho constitucional holandés que fue ganando fuerza desde 1848. Por otra parte, el derecho constitucional holandés no reconoce un Jefe del Estado en el sentido francés o americano y «desde hace mucho tiempo, Holanda, no ha situado el poder en una sola persona representada por un soberano o un presidente»⁴³.

Desarrollo por cierto, el de la monarquía parlamentaria que se ha producido sin sobresaltos, de manera pacífica y mediante sucesivos cambios paulatinos, con proyección de futuro, democrática y práctica, a lo largo de ya casi dos siglos⁴⁴. Al igual que, en aquellas materias que se refieren a la tensión descentralización-unidad, la Constitución no ha sido un impedimento para diversos cambios y transformaciones en la estructura territorial del Estado, tampoco lo ha sido para los cambios en las relaciones entre órganos y en relación al principio de separación poderes, especialmente en lo que se refiere a la Corona⁴⁵. De nuevo, esta cuestión no se situó como cuestión de estado, como asunto de definición constitucional del estado, sino que fue dejada a manos del legislador.

42. La Constitución regula esta materia en su capítulo VII, «De las provincias, Municipios, Waterschappen y otros organismos públicos» —art. 123, art. 136—. Así, su artículo 123 reconoce la facultad del legislador de suprimir provincias y municipios y crear otras nuevas, mientras que el artículo 124 da rango constitucional a la competencia para regular y administrar los asuntos internos de las provincias y municipios, a las propias administraciones provinciales y municipales, pudiendo el Parlamento por Ley exigir actuaciones reglamentarias y administrativas a las administraciones provinciales y municipales.

43. KORTMANN, C. A. J. M., y BOVEND'EERT, P. P. T., *An Introduction...*, *op. cit.*, pg. 4.

44. Con el único «parón», claro está, de la II Guerra Mundial.

45. De hecho la Constitución aún afirma que «El gobierno está formado por el Rey y los ministros» —art. 42—.

La primera revisión se produjo apenas un año después en 1815, fruto del Congreso de Viena, por el que Bélgica se anexiona a Holanda. Es por presión belga el hecho de que se introduzca por primera vez el sistema bicameral⁴⁶. Poco duraría la Unión: en 1831, la Constitución belga entra en vigor. Aunque no es hasta 1839, con el Tratado de Londres, cuando se ratifica la separación. Se produce entonces una siguiente reforma, en 1840, mediante la que se introducen los primeros pasos para el ejercicio de la responsabilidad ministerial, y cuando se registra, como ha resultado la doctrina «el ímpetu inicial para el crecimiento de un sistema de gobierno moderno». El momento fundamental de este cambio se produce con la reforma constitucional de 1848, calificada como «la reforma más importante que ha experimentado Holanda» mediante la que se introduce la responsabilidad política ministerial, en el sentido de rendición de cuentas. Pero en realidad no es hasta 1868, tras una serie de conflictos entre el Gobierno y la Cámara Baja «*Tweede Kamer*», cuando queda firmemente establecido el principio de confianza por el cual el Ministro debe dimitir y, por supuesto, el Gobierno que no goce de la confianza de la segunda Cámara, a no ser que ésta sea disuelta. Al gobierno se le atribuye el poder de disolver el Parlamento⁴⁷.

Esta relación de confianza entre la Cámara y el Ministro –que pervive hasta hoy– posibilita la posibilidad de una moción de censura individual. Cuestión que resulta fundamental para entender el modelo de Ministerio Fiscal. Por supuesto, en una actitud constitucional muy holandesa, ninguno de los poderes como tales –legislativo, ejecutivo y judicial–, se encuentran explícitamente reconocidos en la Constitución. Lo que no es óbice para que los elementos que se introdujeron en la reforma del 48 contuvieran nuevas ideas y «establecieran los pilares del sistema parlamentario»⁴⁸. Como, por ejemplo, el del sistema de reforma constitucional, únicamente modificado para simplificarlo en 1995. Un sistema complejo que, inesperadamente, aporta rigidez a la Constitución.

La siguiente modificación constitucional de importancia se produce en 1917, con la introducción del sufragio universal masculino. El sufragio universal femenino fue reconocido en 1919 mediante ley e incorporado al texto constitucional en una nueva reforma, adoptada en 1922.

46. Por cierto que en Holanda, los nombres usuales utilizados por la doctrina para las cámaras, Cámara Alta (o segunda cámara) y Cámara Baja, son equívocos. Si generalmente el nombre de Segunda Cámara está reservado a la Cámara Alta por su menor importancia, en Holanda se denomina Segunda Cámara (*Tweede Kamer*), a la Cámara Baja –la más importante también en el sistema holandés–. La Cámara Alta está formada por representantes de las provincias –art. 55 CH–.

47. KORTMANN, C. A. J. M., y BOVEND'EERT, P. P. T., *An Introduction...*, *op. cit.*, pg. 2.

48. ALKEMA, E. A., «Constitutional...», *op. cit.*, pg. 293.

Otras reformas se produjeron sucesiva y parcialmente en los años 1884, 1887, 1938, 1946, 1948, 1953, 1956, 1963 y 1972. Algunas de ellas han tenido que ver con los procesos de gradual descolonización e internacionalización que ha sufrido Holanda⁴⁹. Las demás, han tenido por objeto incorporar las tendencias propias de las democracias modernas referidas a la ampliación del sufragio, reforzamiento del poder del Parlamento, a realzar y consolidar la democracia, reducir los poderes autónomos del gobierno, promover la armonización de la organización y de los poderes de las autoridades descentralizadas, con especial énfasis en los derechos fundamentales y la protección legal contra la administración⁵⁰. Y es que, como habíamos anunciado al resumir la larga historia democrática y constitucional de Holanda, «poco ha cambiado la Constitución, en su contenido, desde 1848»⁵¹.

Precisemos la reforma de 1983. Si bien se considera una reforma muy importante y general de todo el texto constitucional –incluso al principio se tuvo la idea de que debía introducir grandes cambios estructurales– sin embargo, y como ha puesto de relieve la doctrina, la revisión finalmente vino a ser «una reescritura, un compendio y una racionalización», eliminándose más de 60 artículos del anterior texto y calificándose como el «único elemento novedoso la introducción de un capítulo de derechos fundamentales»⁵².

En cualquier caso, el aspecto que más nos concierne referido a la redacción del capítulo constitucional dedicado a la Administración de Justicia, permanece intacto desde una reforma anterior. El 15 junio de 1981, la Reina sancionaba una serie de revisiones constitucionales aprobadas por la Segunda Cámara en días precedentes. Los artículos 112-122 de la redacción actual de la Constitución holandesa, correspondientes a la administración de Justicia, se aprobaron en los documentos parlamentarios 16928 y 16929, votados el 16 de abril de 1981⁵³.

2. LAS CONSTITUCIONES RACIONAL-NORMATIVAS DE ESPAÑA E ITALIA

Las constituciones española e italiana, bastante similares entre sí, son

-
49. Un análisis –en inglés– detallado de ambos procesos con amplias referencias a los cambios constitucionales relacionados, puede encontrarse en DROOGLEVER, P. J., «The Netherlands Colonial Empire. Historical outline and Some Legal Aspects»; y KUYPER, P. J., «The Netherlands and International organizations», *International Law in the Netherlands*; van Panhuys H. F. ed. Alphen Rijn, Vols. I y II respectivamente.
50. KORTMANN, C. A. J. M., y BOVEND'EERT, P. P. T., *An Introduction...*, *op. cit.*, pg. 3.
51. KORTMANN, C. A. J. M., y BOVEND'EERT, P. P. T., *An Introduction...*, *op. cit.*, pg. 3.
52. ALKEMA, E. A., «Constitutional...», *op. cit.*, pg. 294.
53. La primera Ley de la Organización Judicial, «*Wet op rechterlijke organisatie*» (RO), fue aprobada en 1827. E igual que la Constitución, sigue considerándose una ley original y única que ha ido registrando sucesivas reformas.

racional-normativas. Y ello tiene en primer lugar una consecuencia fundamental respecto a lo que acabamos de analizar en Holanda. Su tradición jurídica, su creación y sistema de aplicación del derecho no tienen en principio tanto que ver con su cultura jurídica «consuetudinaria» como con su propia cultura constitucional democrática y el peso de su actual norma fundamental. Por otra parte, ni España ni Italia han seguido una línea de continuidad en su desarrollo jurídico y constitucional lo suficientemente perseverante como para vincular el desarrollo de instituciones y poderes a tradiciones siempre presentes e invariables. Más bien, el desarrollo democrático y jurídico de ambos sistemas se ha producido a través de exabruptos. El siglo XIX y comienzos del XX en Italia y España se asemejan muy poco al de Holanda.

Italia y España sufrieron, al igual que la mayor parte de Europa, la invasión napoleónica, cuya consecuencia fue, en mayor medida que en Holanda, una fuerte influencia francesa en la codificación de normas y en sus estructuras administrativas. Además, es posible ir trazando claros paralelismos entre ambos itinerarios a lo largo de este breve recorrido histórico.

A la caída de Napoleón, en el Congreso de Viena, las potencias victoriosas mantuvieron una península itálica dividida entre diferentes reinos gobernados por distintas dinastías reales, algunos pertenecientes a distintas naciones y otros plenamente independientes. Según la resolución del citado Congreso, Francisco I Emperador de Austria era el rey del territorio de Lombardía-Veneto, incorporado al imperio astro-húngaro, mientras que la región de Trento quedó directamente anexionada a Austria. La casa de Saboya obtenía todo el territorio del actual Piamonte, Liguria y Cerdeña. Los ducados de Parma y Lucca quedaron –después de la pronta muerte de María Luisa de Habsburgo, hija de Francisco I y mujer de Napoleón– en manos de la casa Borbón-Parma. Territorios que formaban parte de la actual Toscana estuvieron hasta 1860 en manos de la casa de Alsacia-Lorena, y los Borbones, bajo el reinado de Fernando I rey de las Dos Sicilias –hermano de Carlos IV, rey de España e hijo de Carlos III quien había sido, antes de ser rey de España, rey de Nápoles y Duque de Parma (ducado que después heredarían sus sobrinos)– mantuvieron sus territorios del sur de la península, incluyendo la isla de Sicilia y todo el sur desde la frontera con el actual Lacio. Por último, la Iglesia católica recuperó sus estados pontificios (actual Lacio).

España, por su parte, durante la guerra con las tropas francesas, alumbró su primer texto constitucional; el más revolucionario de la época: la Constitución de Cádiz de 1812. Este texto precede en dos años al texto holandés que posee el mismo carácter liberal y de monarquía constitucional limitada, si bien la diferencia estriba, como hemos ya insinuado, en el hecho de que

Holanda haya podido mantener aquel texto como sustento de toda su historia constitucional, mientras que España, lo haya tenido como punto sempiterno de conflicto y como texto liberal raramente retomado en su historia constitucional. Pero la importancia de este texto, cuya vigencia fue breve y discontinua en España (1812-1814, 1820-1823, 1835-1837), su indudable significado político, se pone asimismo de manifiesto cuando observamos, precisamente, la influencia que tuvo en toda Europa y también en Italia⁵⁴. El levantamiento de Riego (1820), que supuso la aplicación de la Constitución de Cádiz en España⁵⁵, tuvo también repercusión en dicho país. En la misma fecha, Fernando I de las Dos Sicilias, ante la marcha de los antiguos miembros de las fuerzas de Murat, en conexión con los liberales «*Carbonari*», se vio obligado a someterse a la Constitución de Cádiz, lo que disminuía su poder y reducía el centralismo. Y en el Piamonte, reino del que nace la unificación de Italia, actuando como regente Carlos Alberto de Saboya, a en ausencia de su primo Carlos Félix –último rey del Piamonte de descendencia directa, antes de su paso a la línea colateral que precisamente recayó en Carlos Alberto– «el ala más liberal y cultivada de la nobleza»⁵⁶ proclamó la Constitución de 1812, si bien supeditando su vigencia a la conformidad de Carlos Félix, circunstancia que no sucedió⁵⁷. Tampoco los levantamientos que se sucedieron tuvieron un efecto duradero, volviendo tanto España como el reino de Nápoles –éste con la ayuda de Austria– al absolutismo monárquico con todas sus consecuencias jurídicas e institucionales.

No obstante, las tensiones entre el pensamiento liberal-revolucionario y el pensamiento más doctrinario y tradicional, aunque también en todo caso denominado y considerado ya liberal, no van a tener ya descanso, alternando distintos períodos, algunos de cierta estabilidad –más en Italia– hasta que ambos países desemboquen en dictaduras fascistas.

España, a lo largo de un siglo realmente convulso, complejo y difícil, alterna sucesivamente distintos períodos y textos constitucionales que confrontan una supuesta tradición jurídica, nunca estable, que invoca principios políticos y jurídicos casi antagónicos.

54. Importancia e influencia, resaltada por muchísimos autores, dado su carácter liberal, en los procesos de independencia en América latina. Entre otros GONZÁLEZ, José Peña en *Historia política del constitucionalismo español*, Prensa y Ediciones Iberoamericanas 1995, o LABRA, Rafael María en *América y la CE de 1812*, Anacleto, 2004, Pamplona.

55. Este levantamiento condujo al sometimiento del rey Fernando VII a la Constitución de Cádiz, a la que se había negado a someterse a su regreso en 1814.

56. Enciclopedia Británica, Macropedia, Vol. 22, pg. 227.

57. Sobre la influencia de la CE de 1812 en el «risorgimento» italiano trata la obra de FERRANDO, Juan, *La Constitución española de 1812 en los comienzos del Risorgimento*, CSIC Delegación de Roma 1959. El «risorgimento» es además un movimiento de búsqueda de identidad nacional liberal muy similar a los que existieron en España a lo largo de todo el siglo XIX y XX. Una magnífica obra al respecto es la reciente de JULIÁ, Santos, *Historia de las dos Españas*, Taurus, 2005.

Al absolutismo de Fernando VII le sucede el Estatuto Real de 1834⁵⁸ con la ascensión al trono de Isabel II. Una norma de marcado carácter liberal-doctrinario, que tácitamente rechaza la soberanía nacional y que establece un poder judicial sometido a directrices regias, si bien se implanta el juicio por jurados para los delitos de imprenta. La Constitución de 1837 será una victoria a medias de los liberales, después de que la Reina haya tenido que apoyarse en ellos como consecuencia de la I Guerra carlista. Tomando como referencia el texto de 1812 que, en principio, se propuso como posible Constitución, se consagra la soberanía nacional, la unidad de fueros y códigos, se configura un poder judicial bajo el principio de responsabilidad y se establece el principio de publicidad de los juicios. No obstante, frente a la Constitución de 1812, mantiene al Senado como cámara de representación estatal.

Por otra parte, la Constitución de 1845 supondrá un gran retroceso en el ideario liberal-revolucionario, ya que retoma el concepto de soberanía compartida y refuerza los poderes de la monarquía, situada a la misma altura que las Cortes, pudiendo disolverlas casi a voluntad. El poder judicial pasa a denominarse, no sin intención, Administración de Justicia y desaparece la previsión constitucional de 1837 de la institución del jurado. Este texto, salvo el bienio revolucionario de 1856-1857 amparado en una constitución liberal-revolucionaria *nonata*, será la norma fundamental española hasta la revolución de 1868 que da como fruto la Constitución de 1869.

Constitución de nuevo liberal-revolucionaria, más aún que sus antecesoras, que por primera vez en España establece directamente que «hay primacía de la representación popular sobre la Corona» (art. 1). Con respecto al Poder Judicial, recupera la formulación del 37 y establece el juicio por jurados para toda clase de delitos. Un hecho fundamental se produce con motivo de este proceso: se destierra a los Borbones y se nombra rey por las Cortes, esto es, mediante representación popular, a Amadeo I de Saboya, hijo del rey de Italia Vittorio Emmanuelle II y hermano de su sucesor en el trono italiano Humberto I. Esta decisión se debió sin duda, entre otras razones, a la consideración de la Casa de Saboya como de carácter mucho más liberal-revolucionario que la dinastía borbónica, estandartes de la filosofía doctrinaria y foco en España de todas las críticas «por sus mediocres gobiernos ultraconservadores»⁵⁹. No dura mucho el destierro borbónico, pues no tarda en llegar la

58. Muchos autores otorgan esta cualidad al Estatuto Real, que si bien dotaba de extensos poderes a la monarquía, la limitaba en la función legislativa reconociendo a las Cámaras como cuerpo legislativo nuclear, con lo que con la aprobación de esta Ley Fundamental puede establecerse el final del absolutismo español. Ver GONZÁLEZ, José Peña, *Historia..., op. cit.*, Cap. II.

59. *Enciclopedia Británica, op. cit.* Vol. 28, pg. 54. Que Amadeo de Saboya fue elegido por su carácter liberal no cabe duda, pues fue Prim, general de contrastada trayectoria

reacción conservadora. El reinado de Amadeo ha transcurrido entre los levantamientos independentistas de Cuba y Puerto Rico, los movimientos anarquistas de Cataluña y Andalucía y la conquista de la libertad religiosa completa; a su abdicación sucede una república secular basada en el sufragio universal que apenas dura un año.

El levantamiento del General Pavía, con su entrada en el Congreso, lleva a un Gobierno de coalición presidido por el General Serrano. Y meses más tarde, el General Martínez Campos, anticipándose a la voluntad del gobierno, se levanta en favor de Alfonso XII de Borbón, reestableciéndose inmediatamente y sin ninguna oposición la monarquía borbónica y comenzando un nuevo proyecto constitucional que dio origen a la Constitución de 1876 y al período conocido como «la Restauración». En ese momento, las Cortes constituyentes se convocan bajo sufragio universal masculino, si bien hubo una gran abstención –por ejemplo, de carlistas y republicanos–, con lo que los candidatos oficialistas consiguieron una holgada mayoría perpetuándose así «una corrupción política que a la larga figuraría en el débito del sistema»⁶⁰.

Efectivamente, el sistema constitucional de 1876, de la mano de Cánovas de Castillo, principal político de la Restauración y redactor del texto, quedó estructurado bajo dos pilares. El primero, bajo la doctrina de la constitución histórica, situando la soberanía, a través de la continuidad histórica, tanto en el Rey como en las Cortes dado su condición de únicos fundamentos políticos permanentes, y situados al mismo nivel. La soberanía es, según esta doc-

liberal, su gran valedor. No obstante, su asesinato, a la llegada de Amadeo I, muestra también la conflictividad que supuso la decisión de Prim. Y el caso es que Amadeo I, tratando de ser un rey constitucional con un escrupuloso cumplimiento de la Constitución, despreciado por republicanos, carlistas y radicales, no pudo gobernar. Por su descripción de la situación española de aquellos momentos resultan útiles sus palabras al abdicar: «Grande fue la honra que merecí de la nación española eligiéndome para ocupar su trono; honra tanto más por mí apreciada cuanto que se me ofrecía rodeada de las dificultades y peligros que lleva consigo la empresa de gobernar un país tan hondamente perturbado... Conozco que me engañó mi buen deseo. Dos años largos ha que ciño la corona de España, y la España vive en constante lucha, viendo cada día más lejana la era de paz y de ventura que tan ardientemente anhele. Si fueran extranjeros los enemigos de su dicha, entonces, al frente de estos soldados tan valientes como sufridos, sería el primero en combatirlos; pero todos los que con la espada, con la pluma, con la palabra agravan y perpetúan los males de la nación son españoles; todos invocan el dulce nombre de la patria; todos pelean y se agitan por su bien y entre el fragor del combate, entre el confuso, atronador y contradictorio clamor de los partidos, entre tantas y tan opuestas manifestaciones de la opinión pública, es imposible afirmar cuál es la verdadera, y más imposible todavía hallar remedio para tamaños males. Los he buscado ávidamente dentro de la ley y no lo he hallado. Fuera de la ley no ha de buscarlo quien ha prometido observarla» 11 de febrero 1873 (*fragmento*).

60. DE ARCENEGUI, Jesús Joaquín, *Síntesis histórica del constitucionalismo español*, Ediciones Beramar 1991, pg. 151.

trina, de naturaleza compartida y pactada, entre el Rey y las Cortes, lo que seguía otorgando a la monarquía una legitimidad más allá de su reconocimiento constitucional y previa a ésta. Si bien Cánovas deseaba con este sistema que el Rey no tuviera especial intervención en la vida política –lo que en parte se consiguió durante el reinado de Alfonso XII (1874-1886) y la regencia de María Cristina (1886-1902)– la importancia que, de hecho, otorgaba la Constitución a la Monarquía, desembocó en un protagonismo monárquico que a la larga desprestigiará a la institución. Como segundo pilar, se articula el sistema bipartidista, que pretende fundamentarse en base al espíritu conciliador y liberal del modelo de partidos bipartidista del sistema británico. Cánovas cree ver en el bipartidismo la posible solución a la gobernabilidad de España. Consigue el establecimiento de dos grandes partidos, el conservador, dirigido por él mismo, y el liberal, cuyo máximo exponente será Práxedes Mateo Sagasta. Se establece además un sistema de rotación en el gobierno, por el que se alternarían los dos grandes partidos en lo que se denomina sistema de «turno pacífico». Como se ha puesto de relieve, «los dos partidos van a turnarse en el poder, para lo que no es obstáculo el tener que alterar y "maquillar" la representación popular, con una finalidad práctica, que el sistema funcione; y funcionó durante veinticinco años»⁶¹.

Hay que destacar que a este período, el más estable del constitucionalismo español, pertenecen la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, tantas veces modificada y moderna en sus planteamientos⁶², la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y su importante modificación en 1882 –la primera LOPJ de la democracia será la de 1985– y el Código Civil de 1889. También se promulgará una Ley al objeto de establecer juicios por jurados (1888), aunque éstos no estaban previstos constitucionalmente. En lo que respecta al poder judicial, como señala María Luz MARTÍNEZ «el Ejecutivo continuará, sin embargo, ejerciendo los últimos poderes sobre la Administración de Justicia, pues ni si quiera la LOPJ de 1870, unánimemente alabada por la doctrina, consiguió ser depurada de los rasgos más groseros de la dependencia ministerial de períodos anteriores, relativos al ingreso y promoción del personal judicial y a la vaguedad de las situaciones disciplinarias. Más adelante, los gobernantes de la Restauración contribuyen a acentuar esta característica esencial de la administración judicial de 1870, primordialmente, a través de la Ley Adicional a la Orgánica de 14 de octubre

61. DE ARCENEGUI, *Síntesis...*, *op. cit.*, pg. 158.

62. De «Código completamente nuevo y de carácter tan liberal y progresivo como el más adelantado de los Códigos de procedimiento criminal del continente europeo», lo tildaba el Rey Alfonso XII en su Exposición de motivos (Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882), y que fue obra del insigne jurista Alonso Martínez.

de 1882, cuya tónica general consistió en un recrudescimiento de la intervención gubernativa que se manifestó, sobre todo, con la ampliación del cuarto turno para la provisión de los Juzgados (arts. 40-42)»⁶³.

A continuación sucederá la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930), situación que contó con el beneplácito del Rey Alfonso XIII. La crisis de 1929 y la caída de la peseta, forzaron el final de su gobierno.

Es de sobra conocida la revolución política, constitucional y judicial que produjo la llegada de la República. Algunas de sus aportaciones conforman los verdaderos antecedentes del constitucionalismo español actual. El Tribunal de Garantías, el Estado regional, su aconfesionalidad y, por supuesto, el fundamento de la soberanía popular: «*art. 1. España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organizan en un régimen de Libertad y de Justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo*». Los valores de libertad, justicia y democracia, aparecen por primera vez unidos en la historia de España y no se rescatarán hasta 1978. Una guerra y prácticamente 40 años de dictadura (1939-1975) del General Franco, dieron al traste con todos ellos y con cualquier idea ligada a la República que apenas duró cinco años. La diferencia de peso de ambos regímenes en la historia, por mucho que hoy se invoque la Constitución republicana y sus valores, no puede dudarse. En este sentido, el régimen franquista estuvo mucho más ligado a la tradición española que lo que ha significado la República en la historia constitucional española. No obstante, el constitucionalismo moderno nada tiene que ver con aquel régimen y si mucho con las aportaciones constitucionales de la República.

Analizar el modo en el que Italia afronta su unificación en 1861⁶⁴, bajo el reinado de Vittorio Emanuele II y el gobierno de Camillo di Cavour, tras sucesivas guerras, revueltas y levantamientos, es un proceso realmente complejo y de difícil comprensión, repleto de multitud de detalles sutiles. A nivel constitucional, paradójicamente, el hecho fundamental se produce un poco antes. En 1848, Carlos Alberto I de Saboya, que ha ascendido al trono del reino de Cerdeña (Piamonte más Cerdeña) tras la muerte de su primo Carlos Félix, quien como regente proclamó la Constitución gaditana, a la vista de los movimientos liberales y las «revoluciones» en toda Europa, otorga al reino el Estatuto Albertino. Si bien por el Armisticio de Salasco (agosto de

63. MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, *La independencia judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pg. 89. También puede verse, FIESTAS LOZA, Alicia, «La quiebra de la independencia del Poder Judicial. La "Ley Adicional" de 14 de octubre de 1882 y cuarto turno», *RPJ*, núm. 14, 1984. Por cierto, que la denominación de Poder Judicial había desaparecido de nuevo de la Constitución.

64. La declaración oficial de la unidad de Italia por el Parlamento es del 17 de marzo de 1861, reunido en Turín, primera capital del reino.

1849) el reino reconoce su derrota frente a Austria, perdiendo el territorio de Lombardía, el Estatuto permanece vigente en el Piamonte. Con la llegada al trono Vittorio Emmanuelle (1849) y un nuevo Parlamento cuya mayoría democrática no quería ratificar el Tratado de Paz con Austria, tras la derrota de todos los movimientos levantiscos «sólo en Piamonte quedaba cierta esperanza para los reformistas». Tras diez años de intrigas y maniobras políticas en las que se ven envueltas las potencias europeas, Austria, Francia y Gran Bretaña, una guerra más (1859) y los plebiscitos de Emilia Romagna y la Toscana, por los que se decide su anexión al reino piamontese, la unificación italiana, por primera vez, aparece como una realidad plausible y, lo que es más importante, recibe el apoyo de otra potencia europea, Gran Bretaña, que necesita debilitar Austria y contar con un Estado italiano fuerte que haga de contrapeso de Francia⁶⁵. Con la contribución personal de Garibaldi en el sur de Italia, entrando con sus tropas en Nápoles en septiembre de 1860, el destronamiento de los Borbones de todo el reino de las Dos Sicilias y el reconocimiento –por parte de Garibaldi, mediante el encuentro de los dos ejércitos en tierras napolitanas– de Vittorio Emmanuelle como rey de Italia, el reino queda prácticamente unificado. Se culmina con los plebiscitos de los antiguos estados papales y las provincias borbónicas, en los que se decide su anexión.

El Estatuto Albertino se convierte entonces en la norma fundamental del Reino de Italia y lo será hasta la entrada en vigor de la Constitución de la República Italiana, el 1 de enero de 1948. Ni siquiera el régimen fascista de Mussolini lo derogó o lo reformó.

No cabe duda de su carácter de Carta otorgada, como se desprende de las palabras de su preámbulo⁶⁶. Por otra parte, en realidad no fue nunca un texto de carácter racional-normativo que pudiera desplegar toda su fuerza sobre la ley ordinaria. Es además un texto breve, flexible, que se pudo adaptar a los tiempos y a las distintas legislaciones. Tampoco, de todos modos, se puso nunca en cuestión como para que se pudiera comprobar su fuerza normativa, si bien durante el período fascista se pusieron en marcha distintas jurisdicciones especiales, algo que expresamente –a nuestro juicio– prohibía el Estatuto (art. 71)⁶⁷. En realidad el peso político, jurídico e institucional de la citada norma residía, como es propio de la época, en el establecimiento

65. *Enciclopedia..., op. cit.*, pg. 230.

66. «Carlo Alberto por la gracia de Dios, Rey de Cerdeña, de Chipre, con lealtad de Rey y con cariño del Padre Carlo Alberto de Saboya: Nosotros venimos hoy a cumplir cuánto les anunciamos a Nuestros queridos sujetos con Nuestra proclama...».

67. Art. 71.–«Nadie puede ser apartado de sus Jueces naturales. No podrán por tanto ser creados Tribunales o Comisiones extraordinarias».

de una Monarquía limitada, que aseguraba la representación popular en el correspondiente Parlamento, pero también con un Gobierno controlado por el Rey.

Lo cierto es que al Estatuto le falta mucho para que pueda considerarse una norma constitucional moderna. La regulación del Poder Judicial, capítulo titulado «Del Orden Judicial» (arts. 68-73), es un conjunto de previsiones misceláneas de difícil conjunción. El art. 73 recogía, por ejemplo, el instituto revolucionario de la «*referé législatif*» afirmando que «*La interpretación de las leyes, de todo modo obligatorio, corresponde exclusivamente al poder legislativo*». Previsión normativa que venía a reforzar la interpretación vigente de la magistratura de su tiempo calificada «como un sector especializado de la administración pública»⁶⁸. También quedaba estatuida (art. 69) una dudosa garantía de inamovilidad de jueces y magistrados únicamente otorgada después de tres años de ejercicio, así como una reserva de ley en materia de publicidad de las audiencias en el orden civil y penal (art. 72) y, en general, referidas a la organización judicial (art. 70)⁶⁹.

La primera Ley de la Organización Judicial del período liberal al que dio paso la unificación italiana y el reinado de Vittorio Emmanuelle es de 1865. En realidad, esta organización quedaba definida en sus rasgos fundamentales sobre el modelo burocrático de matriz napoleónica que ya se aplicaba en el reino de Cerdeña. Y la pretensión fundamental de la aplicación de este tipo de organización tampoco se diferenciaba de la originaria. En este sentido y como ha subrayado GUARNIERI, para los nuevos gobernantes era muy importante disponer de un cuerpo de magistrados leales al nuevo Estado; «una necesidad impelente», dada la difícil situación interna, que no debía verse obstaculizada por excesivas garantías de independencia. De aquí la adopción del modelo napoleónico, que parecía poder satisfacer esta exigencia. Esta necesidad inicial condicionó los sucesivos desarrollos. Durante todo el período liberal, la magistratura va a gozar de garantías de independencia más bien limitadas. De hecho, y siguiendo a este mismo autor, «la organización judicial de 1865 se caracterizaba por las amplias prerrogativas, garantizadas cuanto menos sobre la norma, del Ministro de Justicia». Entre los ejemplos más destacados de la relación entre el Ejecutivo y una Magistratura escasamente independiente, cabe citar el art. 199, que facultaba al Minis-

68. GUARNIERI, Carlo, *Giustizia e Politica. I nodi della Seconda Repubblica*, Il Mulino, Bologna 2003, pg. 83.

69. Art. 70.—«Los Magistrados, Tribunales y Jueces actualmente existentes, son conservados. No se podrá derogar a la organización judicial si no con fuerza de una ley». Mediante esta redacción, en realidad, el Estatuto se lavaba las manos en cuanto al futuro de la organización judicial, pero sí debe reconocerse que mediante la reserva de ley, se limitaba las actuaciones de futuros gobiernos.

tro, a pesar de la garantía de inamovilidad, para traslados «en razón de necesidad del servicio», medida que solía utilizarse como medio punitivo para magistrados díscolos. Además y, a pesar de que la ley establece un procedimiento concursal para el ingreso en la magistratura, también el Ministro tenía un poder de nombramiento libre y directo como Juez Instructor, entre todos aquellos que fuesen vice-jueces asistentes, abogados o fiscales, con el único requisito de que poseyeran cierta experiencia. Entre 1865 y 1890 más de la mitad de la carrera ingresó por este procedimiento. Y por cierto que la información que manejaba el Ministro provenía en su mayor parte del Ministerio Público, no únicamente encargado de la observancia, «sino del control de la magistratura judicante»⁷⁰. Y todo ello, sumado al tradicional y clásico poder del Ministerio de Justicia para intervenir en las promociones dentro de la carrera y en la provisión de plazas para las categorías más altas y tribunales de orden superior. Otra característica fundamental de esta magistratura fue su alta procedencia política. En 1866, de los 43 altos magistrados en servicio, 27 habían formado parte del Parlamento; en 1896 eran 20 de 48 y en 1920, fueron 15 sobre 49.

Hay que esperar hasta 1890 para que la influencia gubernamental se atenúe. La conocida «reforma Zanardelli» introdujo la obligación del concurso público para el ingreso en la magistratura. Las competencias del Ministro quedaron reducidas al nombramiento para los Tribunales de Apelación y la Corte de Casación, pudiendo solamente escogerse entre profesores universitarios y abogados con constatada experiencia profesional. Finalmente, la reforma del Ministro Orlando (1907-1908) supone la creación del Consejo Superior de la Magistratura (CSM), el cual acabó limitando la competencia del Ministro con sus informes preceptivos cada vez más «vinculantes»; comenzando a separarse definitivamente las esferas de la magistratura y de la política. En realidad, como se expondrá más adelante, en Italia se da una cierta paradoja: «desde el novecientos, la magistratura es un cuerpo herméticamente cerrado, hecho que no excluye... que la política pueda ejercer una cierta influencia»⁷¹.

A partir de aquí no cambió mucho la magistratura, ni siquiera durante el fascismo. Como ya hemos mencionado, tampoco el Estatuto fue modificado.

Durante ambos regímenes fascistas en España y en Italia, lo que real-

70. GUARNIERI, C., *Giustizia...*, *op. cit.*, pgs. 88 y 89.

71. GUARNIERI, C., *Giustizia...*, *op. cit.*, pgs. 90 y 91. En la reforma de 1999 volvió a abrirse la posibilidad del ingreso en la carrera desde el exterior. Hay que hacer notar que éste es un rasgo que diferencia a la magistratura holandesa, la cual ha tenido siempre amplios cauces para el ingreso en la carrera de distintos modos y desde distintos cuerpos profesionales, unido a la previsión constitucional que permite la presencia de jueces legos en la administración de justicia.

mente se forma es un gran cuerpo burocrático y corporativo, al que no es necesario adoctrinar pues se va adoptando paulatinamente una definición de su misión, académicamente impoluta en términos ejecutivos, de acción puramente pasiva. Por otro lado, el fascismo siempre tuvo otros recursos: policiales, mediáticos y, sobre todo, mediante la creación de jurisdicciones especiales⁷². No necesitaron por tanto quebrar las garantías de independencia de una magistratura que aplicaba o juzgaba sobre leyes a medida. La única Ley general sobre la Organización Judicial italiana sigue siendo un Decreto de 1941, dictado en plena guerra mundial y que todavía tiene aplicación general en determinados aspectos como una norma de referencia. La ley de las garantías de la magistratura es, a su vez, de -1946-. Y en ambos períodos, el principio de legalidad continuó siendo un pilar del sistema judicial.

Frente a los principios y rasgos culturales de Holanda, la España de Franco ya había introducido el orden administrativo. La Ley de la Jurisdicción Administrativa de 1956, introdujo la responsabilidad judicial de los poderes públicos en su actividad administrativa. Se sometía así a la Administración a un profuso derecho administrativo y a un principio estricto de legalidad, controlado por unos tribunales, en gran medida independientes y, en todo caso, ejercida por unos magistrados que gozaban de amplia autonomía en el ejercicio de sus funciones.

En todo caso, menos importa aquí, que en Holanda, la tradición jurídica. Italia y España vivieron posteriormente sendas «revoluciones democráticas» que dieron lugar a constituciones en donde la nueva arquitectura y el aliento democrático quedaron recogidos con detalle. Los principios y la cultura jurídica de ambos sistemas se encuentran regulados en sus normas fundamentales. Si bien el poder judicial o la administración judicial siguen teniendo un carácter básicamente burocrático y mantienen relaciones con otros poderes, sus funciones y garantías son ahora democráticas y están perfectamente constitucionalizadas. Desde esa norma es desde donde despliegan sus características más esenciales.

Son constituciones, recordando a LOEWENSTEIN, racional-normativas, constituciones que son «como un traje que sienta bien y que se lleva realmente», cuyas «normas dominan el proceso político, o a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la Constitución y se somete a ellas»⁷³.

72. Ver NEPPI MODONA, G., «La magistratura e il fascismo», *Fascismo e società italiana*, Quazza G. Einaudi, Torino, 1973, pgs. 140 y ss.

73. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Manual de Derecho Comparado, Ariel, 1970.

En un –digamos «suave»– contraste con la Constitución holandesa, las constituciones española e italiana si son «*blueprint*»⁷⁴, como analizaremos asimismo a continuación.

II. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

1. LA TRADICIÓN JURÍDICA HOLANDESA. CONSTITUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1.1. Principios constitucionales y la noción de «beleid» (Políticas)

Desde un punto de vista formal, sistemático y de pretensiones didácticas, es posible constatar y así se encuentra a menudo en la literatura jurídica, que el derecho holandés proviene de la tradición jurídica francesa, manteniendo al mismo tiempo un elevado nivel de afinidad en cuanto a contenidos, con el derecho alemán.

Como ya se ha mencionado, la influencia francesa es consecuencia de la dominación napoleónica de Europa produciéndose por ejemplo, en Holanda –al igual que en España– un inmenso proceso codificador. Al período de dominación francesa se debe nada menos que la elaboración de cinco códigos y, como reconoce CHORUS «esta imposición del Derecho francés vino a tener una influencia duradera no sólo en derecho constitucional o administrativo, sino también en el derecho civil y del comercio, en el derecho procesal civil y en el derecho penal y procesal penal»⁷⁵. De hecho, la estructura judicial holandesa es, sin duda, deudora del sistema francés. La influencia alemana es posterior y, frente a la formalidad de la aportación francesa, la germana es principalmente de derecho sustantivo. El Código de Derecho procesal penal de 1886 está redactado siguiendo muy de cerca el ejemplo alemán. A este Código le sucede el de 1926, actualmente en vigor.

No obstante, los juristas holandeses no se cansan de resaltar la singularidad de la «cultura jurídica holandesa». Si el término «sistema jurídico» sirve para designar las características constitutivas de las instituciones concernidas, el derecho positivo, «cultura jurídica», es utilizado «para incluir la aplicación y la invocación actual del derecho»⁷⁶.

74. Un término ampliamente utilizado en la literatura jurídica anglosajona que se refiere a aquellas constituciones fuertemente programáticas como la española o italiana.

75. CHORUS, E. A., *–Introduction..., op. cit.*, pg. 12.

76. BLANKENBURG, E., «Dutch Legal Culture – Persisting or Waning», *Introduction to Dutch Law*, J. M. J., Chorus, P. H. M. Gerver, E. H. HONDIUS and A. K. Koekkoek. Kluwer Law International 1999; pg. 21.

Y es de hecho en la cultura jurídica y no en el sistema jurídico, en sentido formal y positivo, donde reside la particularidad de la tradición holandesa y de su actual desarrollo. Si bien «el derecho positivo es, sin duda, similar al de sus vecinos europeos y responde a la tradición continental, cuando se refiere a la práctica jurídica en Holanda, se califica como un indicador inadecuado para comprender cómo funcionan de hecho las culturas jurídicas»⁷⁷. Es decir, cuando lo que se pretende comprender es la aplicación, la invocación y la ejecución efectiva del derecho en Holanda, «la cultura jurídica holandesa no se distingue por su derecho sustantivo, sino en su forma de relacionarse con las normas que conlleva... La pregunta que surge es si realmente existen lagunas entre las normas holandesas y su ejecución, o si simplemente su diferencia (con el resto de ordenamientos) reside en la franqueza con la que la cultura jurídica las declara y cumple»⁷⁸.

En la aplicación del derecho, Holanda tiende a ser pragmática: utiliza el derecho para resolver problemas, siguiendo un criterio realista frente a un criterio legalista; en definitiva, «la práctica jurídica en Holanda es la consecuencia de un desafecto por la moralidad de la ley y expresa la preocupación por los efectos colaterales adversos de una ejecución estricta de la ley»⁷⁹. Esta afirmación es capital para entender el ministerio público holandés y creemos que quedará ampliamente demostrada en el curso de este estudio⁸⁰.

77. BLANKENBURG, E., «Dutch...», *Introduction...*, *op. cit.*, pg. 19.

78. BLANKENBURG, E., «Dutch...», *Introduction...*, *op. cit.*, pg. 18. Importante dilema al que se enfrenta el propio Ministerio Público holandés que plantea si esta institución es laxa frente a la legalidad o si en realidad es una institución que es eficaz más allá de los términos estrictos en los que se formula la ley.

79. BRUINSMA, F., *Dutch law...*, *op. cit.*, pgs. 7 y 9. Dada su importancia reproducimos en esta ocasión el texto original en inglés: «legalized practices in the Netherlands are the consequence of a dislike of morality by law and a concern about the adverse side-effects of strict law enforcement». Por cierto que el mero título del libro «*El derecho holandés en acción*», indica a la perfección el objeto de análisis: el derecho «en acción» y no el derecho formalista de la doctrina.

80. No podemos detenernos en un estudio profundo de la cultura jurídica holandesa, no es ésta una tesis sobre culturas jurídicas. No obstante, en la particular cultura jurídica holandesa, este desafecto por la moralidad, del criterio realista frente al legalista, impregna fuertemente a la institución del ministerio público. Aunque espero adentrarme suficientemente en ello, procede únicamente por el momento resaltar que la afirmación del Profesor BRUINSMA, F., sociólogo del derecho, es lugar común en la literatura jurídica holandesa. Aludiendo a otros ejemplos –citados en la bibliografía– GRIBNAU, ALKEMA, HOOGERS, WARMELINK o BLANKENBURG, se manifiestan en términos similares. Precisamente este último autor mantuvo una polémica doctrinal con el profesor BRUINSMA, F. acerca del origen y causas de la cultura actual holandesa, así como respecto de la noción misma de «cultura jurídica»; aunque nunca sobre el hecho de su criterio «práctico» y «singular». Habiendo publicado conjuntamente en 1994 el libro «*Dutch Legal Culture*», posteriormente separaron sus aportaciones en las distintas publicaciones aquí citadas. En la primera de las dos entrevistas que realicé al profesor BRUINSMA, F., después de hacerle notar que su afirmación era típicamente holandesa y él aludir a la pertinencia de la cuestión referida a la procedencia de esta tradición, de esta actitud, no dudó acto seguido en contestarme lo siguiente: «I think

De todo ello se desprende que el principio que entra en juego y que debemos abordar, en primer lugar, es el de legalidad. No cabe duda que, residiendo la singularidad holandesa no en el derecho positivo sino en la práctica jurídica, el principio de legalidad que es el que informa entre otras cuestiones, precisamente, la ejecución de la ley, debe ser también «singular». Y además, en este ámbito, sí incorpora una regulación positiva sustancialmente distinta a la de Italia y España.

1.1.1. *La Teoría de la Ley Fundamental y los principios constitucionales*

A diferencia de España o Italia, Holanda no tiene reconocido en su Constitución el principio de legalidad. No obstante, este hecho tiene una

it comes from a long-standing tradition in trade. It is a merchant tradition» Y continúa: «if you have a merchant tradition you are not interested in other parties morality, because otherways you can not sell anything... that means you have to accept the other party... essentially that means that in crucial times of the Netherlands history, that we have to integrate minority groups... protestants... already in our century we have found out a very nice mechanism for integration, "pillaritation"...». Y el citado profesor concluye con una afirmación muy relevante: «we try to regulate more than to proscribe». Blankenburg, por su parte, no duda en criticar esta visión como un estereotipo de la actitud holandesa sin suficiente base fáctica que la sostenga. Y añade que los estereotipos pueden conducir a interpretaciones equivocadas como el de precisamente creer que «the Dutch to be moralistic, but less righteous than other europeans» cuando, en realidad, los datos estadísticos lo demuestran. Siguiendo el Eurostat –servicio estadístico de la UE que en 1992 proporcionó datos comparativos entre 12 Estados miembros sobre una serie de temas referidos a las actitudes legales– Blankenburg muestra cómo los holandeses estaban entre los europeos que expresan un mayor grado de confianza en el derecho, en el principio de legalidad y en las instituciones jurídicas. El contraste de esta actitud holandesa se refuerza «with a rather cynical attitude of disbelief (y alienación) among the southern neighbours»; refiriéndose, entre otros, expresamente a España e Italia: estadísticas que, en este sentido, se reproducen en el 2002, donde el Eurobarómetro muestra de nuevo unos índices de confianza muy superiores en Holanda, frente a España e Italia. Polémicas aparte, lo que se debe resaltar es que, en dos estudios separados por 4 años que versan sobre la situación actual de la «cultura jurídica» holandesa, apenas se diferencian las conclusiones de ambos autores. Por su importancia, reproducimos dos breves párrafos de la citada obra, aunque haremos más referencias a dichos autores en lo sucesivo: Bruinsma concluye: «No doubt, Dutch law in action has been too indulgent... The turn towards legalism and control, however, threatens to do away with the vices of Dutch law in action together with its virtues. More than anything else, informal pragmatism is sensitive to reality. Because of its non legalistic leanings Dutch law in action favored a pragmatic public administration, a therapeutic criminal policy and an informal civil justice... May this essay not only inform foreign readers but also to persuade Dutch jurists that informal pragmatism is worth preserving; its inconspicuous and salutary influence is easily overlooked» (pg. 83). Mientras Blankenburg, tal vez menos entusiasta, finaliza: «The indicators... renders a thesis on cultural identity of legal culture somewhat dubious, even more so at a time when European harmonization and global adaptations are proclaimed officially the goal of legal policy. Consequently, our description results in contradictory trends. Many of the typical features of Dutch informality, decentralization and small scale organization are waning, but other characteristics such as pragmatism and professionalism prevail. It is up to the readers to decide which prevails for them: the persistence or waning of Dutch legal culture». BLANKENBURG, E., «Dutch...», *Introduction...*, *op. cit.*, pg. 47.

importancia relativa. En primer lugar, porque la Constitución holandesa no es una constitución racional-normativa, es más, carece de un sistema de protección de la constitución de orden jurisdiccional y, en segundo lugar, porque, en la actualidad, sus esfuerzos están centrados en sustentar las acciones de gobierno en base a instrumentos legales⁸¹.

No hasta hace mucho, algunos juristas seguían manteniendo la idea clásica⁸² de que la Constitución carece de fuerza obligatoria pues sería más bien un texto que se encuadra en un cierto momento político. Pero, actualmente, la idea de que la Constitución escrita consiste en una serie de estándares legales que sí poseen fuerza obligatoria es comúnmente aceptada. Y ésta fue, precisamente, una de las principales orientaciones de la reforma de 1983, en la que se reescribió casi la totalidad de la Constitución holandesa⁸³.

Dicha Constitución (en adelante CH) es, como afirmaba Leonard BESSELINK:

«una Constitución extraña... la Constitución holandesa es peculiar debido a la combinación de diversos factores: por un lado, la Constitución no tiene un carácter primordial, quiero decir, se sustenta [por la doctrina, los políticos] la idea de que es importante, pero no se hace nada al respecto... en la práctica, el legislador no la toma demasiado en consideración. Ahora, desde un punto de vista constitucional... por supuesto que (la Constitución) tiene materias legales... En realidad, tenemos una cultura constitucional relativamente única. La Constitución además es, en su texto, como cualquier persona puede observar, muy abierta. Es una Constitución escrita pero, en muchos sentidos, es una Constitución en el sentido británico: muy abierta, flexible, fácilmente adaptable a la práctica; formalmente responde a un procedimiento complejo; han cambiado pequeñas cosas, pero refleja en realidad el desarrollo [de la historia holandesa] y no establece un guión "blueprint" para el futuro, como hacen la Constitución alemana o española, que son constituciones revolucionarias⁸⁴. Después de una

81. HOOGERS, H. G. y WARMELINK, H. G., «The compatibility of the Rechtsstaat principles. On tensions between them and on their consequences for Dutch constitutional law», *Constitutionalism, Universalism and Democracy. The Dutch contribution to the fifth congress of the International Association of Constitutional Law in Rotterdam*, ELZINGA, D. J., GOUDAPPEL, F., KUMMLEING, H. R. B. M., University Press-Groningen-1999, pg. 162.

82. Idea defendida por ejemplo por A. TOCQUEVILLE en «La democracia en América», para quien era del todo antidemocrático atribuir un control constitucional a los jueces. Una opinión típica holandesa es la sostenida KORTMAN y BOVEND'EERT que afirman que, en la Constitución, «la última autoridad no se indica, y no hay ninguna referencia a principios inmutables en la forma de Estado y de Gobierno, o a derechos constitucionales o humanos... La constitución holandesa es una amalgama de distintos valores y principios tácitos, ninguno de los cuales ha sido designado "el" principio guía. En este sentido puede afirmarse que la Constitución holandesa no es muy doctrinaria». KORTMANN, C. A. J. M., y BOVEND'EERT, P. P. T., *An Introduction...*, *op. cit.*, pg. 3.

83. VAN MALE, R. M., «Constitutionalism in the Netherlands», *Netherlands reports to the sixteenth international congress of comparative law*, Editors HONDIUS, E. H. and CARLA JOUSTRA, Asser Institut, The Hague. Brisbane 2002; pg. 350.

84. Idea esta, referida a las constituciones revolucionarias, muy señalada por la doctrina española, por ejemplo, BLANCO VALDÉS, R. L., en «Nuevo Derecho...», *op. cit.*, pg. 75; y por la doctrina italiana, a quien hay que sumar en esta misma posición, por ejemplo

crisis política se libraron de su pasado e hicieron un programa de futuro; eso lo realizaron también los alemanes, ustedes, que pretendían un diseño arquitectónico. Pues bien, la Constitución holandesa no tiene un diseño arquitectónico, es un conjunto de disposiciones que simplemente reflejan lo que ha sucedido en la práctica y no tiene la ambición de afectar políticamente todo el futuro, es reflexiva.»⁸⁵.

Conforme a esta situación, la recepción de la teoría de Ley Fundamental, traería consigo un principio de legalidad restringido a la creación de la ley por la autoridad competente y a la actuación del gobierno sobre base legal. No incluye el examen de la ley frente a principios generales del derecho o disposiciones constitucionales. Probablemente porque «los principios que resultan de la Ley Fundamental han sido de la máxima trascendencia para el desarrollo del derecho constitucional, sin embargo, como tales, nunca han sido recogidos en la Constitución holandesa»⁸⁶.

Estos principios se encontrarían –según la distinción que hace la doctrina holandesa– fuera de la constitución escrita; en concreto, en el «derecho básico» «*basic law*», que incluye el conjunto de «principios legales» «*legal standards*» escritos y no escritos, que se extienden al tipo de autoridades que existen, a las que pueden crearse y a las facultades con las que éstas se encuentran investidas, junto a los medios legales que las controlan en el ejercicio de esos poderes.

De ahí que se afirme que «un importante principio de Derecho constitucional holandés no escrito es el principio de legalidad»⁸⁷. Bajo esta lógica, es fácil entender que un principio de legalidad no escrito incluya y afecte, por tanto, no sólo al derecho escrito, sino también a disposiciones y principios que no tienen dicho carácter. Así, por ejemplo, parece claro, como veremos, que los tribunales consideran el ejercicio del poder de la administración no sólo limitado por el derecho escrito, sino también por principios no escri-

a CAPPELLETTI, M., «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional», *RECD*, núm. 17, 1986, pg. 9, a quien expresamente cita BLANCO VALDÉS.

85. L. BESSELINK es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Utrecht. Tuve el honor de ser alumno suyo durante mi período de beca Erasmus y posteriormente asistir a su curso de Derecho Constitucional holandés siendo ya estudiante de Doctorado. Le realicé varias entrevistas; estas anotaciones pertenecen a una de ellas. En concreto respondía a la siguiente cuestión: «Aunque las previsiones constitucionales sobre la fiscalía no son tan diferentes, la reforma realizada en la fiscalía del Tribunal Supremo en Holanda sería claramente inconstitucional en España. ¿Tienen diferente legitimación constitucional algunos miembros del Ministerio Público respecto de otros?» Comenzó una larga respuesta y discusión, sobre la que volveremos más adelante pues se tocan temas esenciales, cuya primera frase fue: «tiene usted razón», en referencia a la «singularidad» constitucional holandesa que se resalta.

86. HOOGERS y WARMELINK, H. G., «The compatibility...», *Constitutionalism...*, *op. cit.*, pg. 139.

87. VAN MALE, R. M., «Constitutionalism...», *op. cit.*, pg. 349.

tos; denominados principios de «correcta administración» *«proper administration»*⁸⁸ y que, desde luego, afectan al Ministerio Público como constataremos más adelante.

Dos disposiciones constitucionales muestran claramente la situación de las fuentes del derecho holandés respecto del principio de legalidad y de la teoría de la Ley Fundamental. Son los arts. 120 y 140 de la CH⁸⁹. De la lectura de ambos preceptos, se desprende la supremacía de la ley sobre la Constitución. Pero sin embargo no existe en este sistema un principio de soberanía parlamentaria al modo inglés o francés⁹⁰, ni siquiera un principio de invulnerabilidad de la ley. Si bien la doctrina y los jueces han aceptado la imposibilidad constitucional de examinar la ley bajo el prisma de los principios constitucionales y de los principios generales no escritos (*«basic law»*), esta interpretación está restringida en dos sentidos: primero, a la ley en sentido formal, segundo, a la revisión de la ley desde la Constitución y los principios generales del derecho, pero no desde otros instrumentos jurídicos.

En efecto, la Constitución holandesa, en su artículo 120, utiliza la expresión *«Leyes y Tratados»*, lo que ha llevado a una interpretación taxativa del artículo, siendo ésta una interpretación constitucional habitual en Holanda. En relación a lo que afirmábamos anteriormente sobre la «peculiaridad» holandesa, BESSELINK advierte acerca de cómo la pretendida flexibilidad constitucional está bastante matizada actualmente por una interpretación y consi-

88. VAN MALE, R. M., «Constitutionalism...», *op. cit.*, 350.

89. Art. 120: *«El juez no puede juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes y de los Tratados»*. Art. 140: *«Las leyes y restantes reglamentos y decretos en vigor contrarios a las disposiciones modificadas por la Constitución quedarán en vigor hasta que se establezca una regulación conforme a la Constitución»*. Texto castellano: *www.constitución.es*. También sucede lo contrario, es decir, las leyes pueden reconocer derechos no reconocidos en la Constitución. Lo hemos visto con el sufragio universal femenino, que fue introducido y desarrollado por ley, a pesar de que la Constitución en vigor no lo preveía. Posteriormente este hecho fue precisamente uno de los principales motivos –el reconocimiento de la nueva situación jurídica– para abordar una nueva reforma constitucional (1922).

90. Así lo sostiene la doctrina. Ver por ej. KORTMANN, C. A. J. M., y BOVEND'EERT, P. P. T., *An Introduction to...*, *op. cit.*, pg. 3. Y es que en realidad, dentro de la peculiaridad constitucional holandesa donde, como veremos, muchos conceptos típicos de derecho constitucional están ausentes, «el mismo concepto de soberanía generalmente no se considera muy útil en la teoría constitucional. En general, tanto en la práctica como en la teoría se trata de prescindir de él». Siempre, en la cultura jurídica holandesa, «prevalece un cierto pragmatismo que es visto como favorable para el ejercicio conjunto de los poderes gubernativos; la soberanía es "arrastrada" ("pooled") según la voluntad»; BESSELINK, L., «An open Constitution and European Integration: The Kingdom of the Netherlands», pgs. 192-193, en *Sew Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, jrg, núm. 6, 1996. Lo cierto es que también están ausentes conceptos relacionados como el de democracia, libertad, soberanía popular y conceptos ideológicos similares. Lo que no quiere decir que la Constitución carezca de todo precepto ideológico.

deración muy literal y limitada de las previsiones constitucionales, poniendo el énfasis en que «de nuevo, este hecho tiene que ver con que, en realidad, lo que hacemos es seguir la práctica. Y esa práctica ("*practise*") desarrolla todo el sistema legal»⁹¹.

En todo caso, la legislación delegada, los reglamentos y decisiones administrativas sí están sujetos a un control de constitucionalidad; y lo que es más importante, a un examen bajo los principios de «correcta administración». Lo que significa «que los tribunales han asumido que el principio de que las autoridades administrativas están sometidas a la legislación y deben, bajo ciertas circunstancias, "ceder el paso" ("*give way*") a la ejecución de los principios generales de correcta administración (principios de justicia natural), a los que estas autoridades están asimismo sometidas». Mediante esta afirmación lo que se pretende argumentar es que no cabe interpretar el mencionado artículo 120 de la CH como una disposición que «vigile la absoluta supremacía de la ley»⁹² pues, al fin y al cabo, su interpretación quedará condicionada por las revisiones que, de su ejecución y bajo los principios generales, se produzcan, ya sea de forma legislativa (reglamentos), o administrativa (decisiones)⁹³.

Pero no se pueden enfrentar principios o disposiciones generales, ya provengan del «*basic law*» o de la Constitución escrita, directamente con las leyes. Así lo dejó claro el Tribunal Supremo en el caso «*Harmonisatiewet*»⁹⁴ o

91. Estas afirmaciones, pertenecientes a la misma entrevista que las anteriores, se refieren en concreto a la interpretación constitucional que hizo el legislador sobre las disposiciones que se refieren precisamente al Fiscal del Tribunal Supremo. Volveremos sobre ello más adelante.
92. VAN MALE, R. M., «Constitutionalism...», *Netherlands...*, *op. cit.*, 360. También puede encontrarse una idéntica argumentación en ALKEMA, E. A., «Constitutional...», *op. cit.*, pg. 323.
93. Así por ejemplo lo expresó el Tribunal Supremo en diversas sentencias (12 de abril 1978 o la de 15 de julio 1988), estableciendo que podía haber un conflicto de principios por la doble sumisión de la administración a los principios de «correcta administración» y al derecho escrito. Y admitió que, en ciertas circunstancias, podía prevalecer el principio de «correcta administración» no siendo admitida una aplicación estricta de la legalidad. Ver VAN MALE, «Constitutionalism...», *op. cit.*, pg. 357. E incluso, como mantiene Rob WIDDERSHOVEN, R., «en aquellos supuestos que exclusivamente impliquen una relación legal entre la administración y una parte interesada –y por lo tanto los intereses de terceros no estén en juego–, el principio de "expectativas legítimas" o el principio de igualdad puede obligar a la autoridad administrativa a seguir la "*policy rule*", incluso si ésta es contraria a la ley. La razón de esta operación *contra legem* es que, una vez hecha pública –la *policy rule*– crea una fuerte expectativa en la mente de la parte interesada». TEN BERGE, T., Gio y WIDDERSHOVEN, Rob, «The principle of legitimate expectations in Dutch constitutional and administrative law», pg. 444, *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Bristol 1998, Editors J. H. M. VAN ERP and E. H. HONDIUS, Asser Institut, The Hague. De la dialéctica entre las «*policy rules*» y el Ministerio Público depende en gran parte la naturaleza del órgano holandés.
94. La Ley de armonización modificaba la antigua prohibición de pertenecer a la universidad o al «*college*» cuando se había estado inscrito más de 12 años, dejándola reducida

Ley de armonización. En su sentencia del 14 de abril de 1989 decidió que, si bien la ley vulneraba el «principio de expectativas legítimas» «*legitimate expectations*» –por supuesto, un principio no reconocido en la Constitución holandesa pero perteneciente al *basic law* no escrito– su art. 120, heredero directo del artículo 131 (Constitución de 1848), era taxativo al respecto, al excluir la autoridad de los tribunales para examinar la constitucionalidad de las leyes o su adecuación a los principios generales del derecho, lo que supone además un rasgo esencial de la posición de la judicatura en la Constitución holandesa. Un pronunciamiento en sentido contrario hubiese supuesto una alteración constitucional de la mano de un tribunal. En definitiva, concluyó que la ley era incompatible con el principio, pero que no tenía competencias para conocer el caso⁹⁵.

Cabría entonces preguntarnos si quiere esto decir que las leyes no son fiscalizables en el sistema holandés o que su fuerza normativa no es controlable. Y procede subrayar que de ningún modo. Como establece el art. 93 de su Constitución, Holanda es un país «monístico» en la recepción del derecho internacional⁹⁶. A su vez, el art. 94 siguiente, se encarga de clarificar y establecer que «Las disposiciones legales del Reino en vigor no serán aplicadas si su aplicación no fuese compatible con las normas de efectos vinculantes generales de los Tratados o con los efectos generales de las resoluciones de las organizaciones de derecho internacional público». En virtud de este artículo, gran parte de la doctrina de dicho país considera que los tratados internacionales son parte de la Constitución escrita siempre que, por su naturaleza, puedan tener aplicación judicial directa⁹⁷.

1.1.2. «Gedogen» (tolerancia), el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos «oportunidad»

Nos hemos atrevido a afirmar, con cautela, que la Constitución holandesa no es racional-normativa. Sin embargo, sus leyes sí son susceptibles de un «atípico» análisis de constitucionalidad. Como habíamos señalado, se lle-

a 6, sin establecer una cláusula transitoria. Con lo que muchos estudiantes se vieron afectados por la prohibición de manera súbita e inesperada.

- 95. Sobre la interpretación en el derecho constitucional holandés es exhaustivo el artículo: KOOPMANS, T., «Legitimacy of the Constitutional Judge and the theory of interpretation», *Netherlands reports to the fourteenth international congress of comparative law*, Athens 1994, Editors J. H. M. VAN ERP and E. H. HONDIUS, Asser Institut, The Hague. Y sobre el «principio de expectativas legítimas y seguridad jurídica» es muy completo el artículo TEN BERGE, T., y WIDDERSHOVEN, R., «The principle...», *op. cit.*
- 96. Art. 93 «Las normas de los tratados y resoluciones de las organizaciones de derecho internacional público con efectos vinculantes generales por su contenido, tendrán fuerza obligatoria a partir de su publicación».
- 97. VAN MALE, R. M., «Constitutionalism...», *op. cit.*, pg. 349.

van a cabo todo tipo de esfuerzos para realizar nuevas acciones de gobierno sustentadas en instrumentos legales. Y uno de esos esfuerzos ha sido precisamente el control de las leyes a través del derecho internacional.

El principio de legalidad ha convivido siempre, por tradición, en el plano administrativo y, en analogía a lo que sucede en el orden penal, con el principio de tolerancia «*gedogen*», en cuyo orden encontramos el principio de oportunidad, cuya importancia trataremos más adelante.

El procedimiento judicial administrativo tardó mucho en aceptarse en Holanda. Formaba parte de la cultura jurídica holandesa considerar que, en dicha democracia, no existe la necesidad de una revisión judicial a través de agentes esencialmente ajenos a la administración, argumentándose que dicha revisión presupone la existencia de intereses en conflicto entre la administración y el ciudadano, actuación injusta, en su caso, que debe ser corregida adecuadamente a través de la reconsideración de la decisión dentro de la administración. En este sentido, se antepone como modelo la figura del recurso al Consejo de Estado («Crown appeal»). Esta visión, fuertemente defendida por la administración, apartó de la agenda política, en los años posteriores, el planteamiento de una revisión judicial independiente y exhaustiva⁹⁸. Y, en consecuencia, al sumársele la carencia de una regulación general administrativa «siempre se dejó en manos de la administración la valoración, bajo sus propios criterios, de los "*pros*" y "*contras*" de las decisiones administrativas»⁹⁹. Lo que, no cabe duda, supone una gran discrecionalidad en el ejercicio de sus poderes.

En 1978 se crearon –por primera vez– unos juzgados administrativos generales, pero restringiendo la revisión judicial de conflictos al Consejo de Estado. En realidad no se varió el procedimiento, sino que se le dio estatus de recurso jurisdiccional al antiguo recurso administrativo ante el Consejo de Estado. Así lo consideró además el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁰ que en su sentencia de 23 de diciembre de 1985 dictaminó que el procedimiento holandés se encontraba en contradicción con el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH)¹⁰¹, por

98. BLANKENBURG, E., «Dutch...», *Introduction...*, *op. cit.*, pg. 19. No obstante, aunque la cita no es literal, las palabras pertenecen a STRUYCKEN, A. AH. y se encuentran en su obra clásica *Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Arnhem 1915.

99. HOOGERS, H. G., y WARMELINK, H. G., «The compatibility...», *Constitutionalism...*, *op. cit.*, pg. 145.

100. Benthem *vs.* Holanda (Staat der Nederlanden); St. de 23 de octubre de 1985.

101. Artículo 6.1 CEDH (Protocolo 11): «En la determinación de los derechos y obligaciones civiles o de cualquier cargo criminal en su contra, todo el mundo tiene derecho a un juicio oral y público en un período de tiempo razonable ante un tribunal independiente e imparcial predeterminado por la ley. La sentencia habrá de ser pública, pero la prensa y el público podrán ser excluidos de todo o de parte del proceso en interés de la moral, el orden público o la seguridad nacional de una

continuar careciendo su resolución de efectos definitivos¹⁰². El art. 6 del CEDH es un claro ejemplo de la posibilidad de modificar las leyes holandesas a través del derecho internacional.

A partir de esta situación, los legisladores holandeses se pusieron, por primera vez, manos a la obra. La «*Algemene wet Bestuursrecht*» (Ley de Derecho Administrativo General, «*Awb*») de 1993 toma en consideración el principio de legalidad desde dos aspectos, conexos, pero diferentes.

En primer lugar, mediante la creación del orden administrativo en los juzgados de primera instancia, dejando al Consejo de Estado «*Raad van State*» las funciones de tribunal de apelación a través de su División de la Jurisdicción Administrativa «*Afdeling Bestuursrechtspraak*». Pero tuvo que ser de nuevo una decisión de Tribunal de Estrasburgo, en el famoso caso «*Procola*», el que obligara a una nueva modificación. En el caso «*Procola*», Luxemburgo fue declarado culpable de vulnerar el art. 6 de la CEDH por ejercer sus funciones judiciales de tal modo que cuatro de los cinco miembros del Consejo que habían dictaminado previamente, en funciones consultivas típicas del Consejo de Estado sobre cierta ordenanza municipal, habían juzgado después conflictos administrativos en base a la misma ordenanza municipal; produciéndose claramente, una acumulación de funciones. El alcance de dicha sentencia condujo al Consejo holandés a «levantar la muralla china» («*erect Chinese walls*») entre los Consejeros de Estado con funciones consultivas y Consejeros con funciones judiciales¹⁰³. Y frente a los elogios que se vertían en el informe anual del Consejo de Estado de 2000, al hacer referencia a este carácter mixto de su naturaleza, el Tribunal, en su sentencia de 6 de mayo de 2003 («*Kleyn vs. Holanda*») respondería que aún poseía ciertas deficiencias resaltables¹⁰⁴. No obstante, cabe subrayar que, en ausencia de un convencimiento racional acerca de la necesidad de variar definitivamente el

sociedad democrática, en interés de los menores o si la protección de la vida privada de las partes así lo requiere, o hasta los límites estrictamente necesarios cuando, por circunstancias especiales, en opinión del tribunal la publicidad perjudique los intereses de la justicia».

102. «La División de Conflictos Administrativos del Consejo de Estado propone una solución. Admitidamente, esa solución es –como ha sucedido en esta ocasión– seguida en la mayoría de los casos, pero es tan sólo una práctica sin fuerza vinculante, de la que la Corona (administración) puede separarse en cualquier momento». Sentencia citada del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 23 de octubre de 1985.

103. BRUINSMA, F., *Dutch law...*, *op. cit.*, pg. 23.

104. «El Tribunal no está tan seguro, como lo estaba el Gobierno en sus declaraciones durante las discusiones parlamentarias de los presupuestos del 2000, de que estos arreglos fueran suficientes para asegurarse de que, en todos los recursos (appeals) que se presenten ante la División de la Jurisdicción Administrativa, constituya ésta un "*tribunal imparcial*" según los fines del art. 6.1 CEDH. No es, de todos modos, tarea de este tribunal juzgar en abstracto la compatibilidad del sistema holandés en este punto con la Convención.»

sistema de recurso, mientras tanto, como afirma la doctrina, «el Consejo de Estado va arreglándose»¹⁰⁵. Pero el hecho es que, tal y como señala BRUINSMA, F. con cierta desaprobación, «el art. 6 de la CEDH ha introducido "el principio contradictorio 'adversarial legalism' como la única forma de razonar sobre la ley". En definitiva, ha afectado al pragmatismo informal en, prácticamente, todos los rincones del sistema jurídico holandés»¹⁰⁶.

En segundo lugar, «es importante resaltar que si la tradición holandesa es la de dotar a la administración de una gran discrecionalidad, precisamente la nueva "Awb" ("*Algemene wet bevoegde*"; *Ley de Régimen General de la Administración*) ha optado por un nuevo enfoque del principio de legalidad»¹⁰⁷. No obstante, lejos de establecer una regulación extensa y completa, la «Awb», como resalta la doctrina, se limita a proporcionar base legal a aquellas acciones administrativas que no tenía un fundamento explícito en una norma de carácter general obligatorio y que, por tanto, podían vulnerar el principio de legalidad, cambiando mínimamente el procedimiento decisorio¹⁰⁸.

Estas «acciones administrativas» a las que se refiere la ley, son entre otras, las «policy rules» («*beleidsregels*»). Basadas en «la necesidad de clarificar la política a seguir con la ayuda de las normas generales», vienen definidas en la parte 1, Cap. 3 de la *Awb* sección 4, como «normas generales, adoptadas mediante orden, que establecen la regla general para la valoración de intereses, la determinación de la situación administrativa o la interpretación de las

105. BRUINSMA, F., *Dutch law...*, *Act on the...*, *op. cit.*, pg. 23,

106. BRUINSMA, F., *Dutch law...*, *op. cit.*, pg. 25. Entre otros modificó por ejemplo el procedimiento administrativo en las Agencias Locales de empleo («*Local Employment Agency*»). Otro ejemplo que refuerza lo expuesto hasta ahora en los apartados a) y b) de este capítulo y utilizando ya otros artículos, aunque relacionados con el art. 6 CEDH, fue el pronunciamiento del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 2001. En esta sentencia el Tribunal confirmó que, en virtud de los arts. ... 7 CEDH, los principios penales de *nullum crimen sine legem*, *nulla pena sine lege* y *lex certa* eran aplicables a las multas administrativas. Por tanto, si en el «curso de un proceso, la sanción administrativa se reduce por una modificación legislativa, el tribunal debe aplicar la multa reducida. Esto supone una desviación del usual valor *ex tunc* de las sentencias administrativas donde el tribunal debe considerar los hechos y la ley, tal y como era en el momento en que se tomó la decisión administrativa». WIDDERSHOVEN, Rob, «Encroachment of criminal law and administrative law in the Netherlands», *Netherlands reports to the sixteenth international congress of comparative law*; Brisbane 2002. Editors E. H. HONDIUS and Carla Joustra. Asser Instituut, The Hague. Es decir, esta Sentencia ha supuesto una clara modificación del principio de legalidad en el orden administrativo.

107. «La *Awb* parte de la idea de que toda acción de gobierno, en cualquier nivel, debe estar basada en una regulación establecida ("*statutory regulation*")", principalmente para promover la seguridad jurídica y minimizar el peligro de la arbitrariedad administrativa. Por lo tanto, los principios del Estado, legalidad y seguridad jurídica, han sido promulgados al más alto nivel». HOOGERS, H. G., y WARMELINK, H. G., «The compatibility...», *Constitutionalism...*, *op. cit.*, pg. 145.

108. HOOGERS, H. G., y WARMELINK, H. G., «The compatibility...», *Constitutionalism...*, *op. cit.*, pgs. 148 y 149.

normas establecidas "*statutory regulations*" en el ejercicio del poder por una autoridad administrativa»¹⁰⁹. La legitimidad general de las autoridades administrativas para dictar estas normas, reconocida en la parte 4 de su art. 81, viene dada en relación al poder que posea la autoridad. Por encima de todos los poderes de acción que posea y sobre aquellos que pueda delegar, la autoridad administrativa tiene una potestad normativa para dictar «*policy rules*». No hay, por tanto, un criterio jerárquico, sino funcional. El único criterio jerárquico que se aplica es formal-normativo, y no organizativo¹¹⁰.

Pues bien, toda esta explicación ha sido traída a colación porque prácticamente sucede lo mismo en el Ministerio Fiscal, que tanto se parece, en su organización, a una «administración» más; tendremos ocasión de constatarlo. En todo caso, el principio de legalidad se aplica de manera muy similar, pudiendo afirmarse que esta doctrina administrativa forma parte del «*basic law*» lo que, en definitiva, significa ponderar su relevancia constitucional.

En este punto, la doctrina holandesa señala que, desde el punto de vista del Estado de derecho, esta nueva tendencia puede ser percibida como una ventaja. Las autoridades administrativas están sometidas a una regulación general que deben aplicar a sus «*policy rules*», la arbitrariedad es controlada gracias a ciertos obstáculos, y la seguridad jurídica de los ciudadanos se incrementa¹¹¹.

Pero la realidad no es muy entusiasta con la «*Awb*»; las críticas son constantes. Para la mayoría de la doctrina, no cabe duda de que ciertas virtudes, prácticas antiguas, cierto sentido de la justicia y el dinamismo característico de la administración holandesa se han visto amenazados por esta nueva introducción de elementos formales, ya sea por el derecho internacional, el Tribunal Supremo, la «*Awb*» o la jurisprudencia.

Por ejemplo, una situación paradójica que puede producirse ante esta nueva situación se refiere a la previsible existencia de un conflicto entre el principio de expectativas legítimas y el principio de legalidad. En principio, podría pensarse que el primero debería estar íntimamente ligado al segundo: las expectativas legítimas se generan desde la legalidad. La peculiar situación holandesa introduce muchos matices a esta hipotética situación, y ello se refleja también en el MP. Lo analizaremos a continuación.

109. TEN BERGE, T., y WIDDERSHOVEN, R., «The principle...», *op. cit.*, pg. 443. Dicho autor es quien traduce el artículo de la ley al inglés, desde donde hemos realizado su transcripción al castellano.

110. Un esquema jerárquico normativo muy claro puede verse en ALKEMA, E. A., «Constitutional...», *op. cit.*, pg. 312. Como tendremos ocasión de analizar, conviene introducir, no obstante, algunos matices jurisprudenciales a la formalidad del principio jerárquico.

111. HOOGERS, H. G., y WARMELINK, H. G., «The compatibility...», *Constitutionalism...*, *op. cit.*, pg. 150.

1.1.3. «Beleid», «beleidregels», «gedoogbelied». La influencia de la doctrina administrativa

Subraya BLANKENBURG que la dificultad que entraña escribir acerca de la cultura legal holandesa, se debe básicamente a la simultaneidad de los elementos tradicionales del «*informal rule*» y de los esfuerzos coordinados para formalizar la implantación de la ley a partir de mediados de los años noventa. Pues a pesar de que la tradicional cultura holandesa esté languideciendo debido, entre otras razones, a factores como la crítica interna vertida en torno a la «informalidad», la europeización o la globalización del «*rule of law*», lo que ha venido poniéndose de manifiesto con las modificaciones administrativas, procedimentales, en especial de la Awb y del Tribunal de Luxemburgo es, siguiendo a dicho autor, que pueda descubrirse todavía el lenguaje y el estilo informal que supone la tradición holandesa del «*informal rule of law*»¹¹².

Uno de esos conceptos fundamentales, ya mencionado a lo largo de estas páginas aunque sin haberlo citado expresamente hasta el momento, es el de «*beleid*». Su traducción literal en inglés sería «*policy*» (política) pero, en los términos que expone BLANKENBURG se queda corta¹¹³. «*Belied*» viene a ser una vía intermedia entre una regulación estricta que prevea y provea de una base jurídica a las acciones desfavorables para los implicados, es decir, la legitimidad de la administración para actuar en contra de ciertos intereses de terceros, y los términos de un acuerdo que pudiera verse bloqueado por el veto o la resistencia de una de las partes. «*Beleid*» significa avanzar por la vía intermedia, sin una regulación que legitime una acción administrativa coactiva, pero utilizando los términos de un pacto o negociación que deba llevarse a término de manera obligatoria.

No cabe duda de que el término «*beleid*» como término jurídico en sentido técnico es bastante único. Se utiliza para describir la política seguida por un órgano administrativo: «el gobierno, una localidad, una empresa pública de transportes, la policía, el fiscal, todos ellos persiguen un "*beleid*". Su contenido que explicitan los diversos organismos y organizaciones públicas competentes, puede variar desde la formulación de vagos principios declarativos, hasta "*guidelines*" específicas cuyo personal debe acatar. En el derecho

112. BLANKENBURG, E., «Dutch...», *Introduction...*, *op. cit.*, pg. 44. El «*informal rule of law*» sería la característica aplicación holandesa del principio básico del estado de derecho: el «*rule of law*».

113. En el diccionario de Van Dale, su definición recoge un elenco de distintas connotaciones: «*beleid* "quiere decir gestionar (*manage*) y regular sobre la base de principios y políticas (*beginselen* y *gedraglijnen*)"; puede querer aludir a un "*plan estricto*" (*strict planning*) pero siempre incluye la participación de los implicados (*overleg*) y la consideración del desarrollo de estas políticas». BLANKENBURG, E., «Dutch...», *Introduction...*, *op. cit.*, pg. 46.

público –ya sea penal o administrativo, y también tributario evidentemente– y continuando con similares ejemplos, se utiliza como criterio para medir las acciones de gobierno, de una localidad, del transporte público, de la policía o de la fiscalía»¹¹⁴.

Por lo tanto las «*beleidregels*» son las «*policy rules*» que pueden funcionar como «*guidelines*», mientras que la «*gedoogbeleid*» hace referencia a la «*política de tolerancia administrativa*», típicamente holandesa¹¹⁵. En este sentido las «*po*»

114. BLANKENBURG, E., «Dutch...», *Introduction...*, *op. cit.*, pg. 46.

115. BRUINSMA, F., *Dutch law...*, *op. cit.*, pg. 77. Sin ser nunca muy crítico con la cultura jurídica holandesa y siendo, como se desprende de sus palabras (*infra cit.* 83), bastante entusiasta de la «informalidad» o del «*beleid*» holandés, muestra en su libro el punto extremo al que la política administrativa de la tolerancia puede llevar. De hecho, no duda en afirmar que «indulgencia y negligencia son descripciones fieles de la cultura administrativa holandesa». Reproducimos su texto debido a su claridad y paradigmática ilustración –considerando, efectivamente, que es un caso extremo–. «*Gedoogbeleid* quiere decir que los administradores aceptan desviaciones de la letra de la ley. *Gedoogbeleid* es un segundo grado, en casos en donde el primer grado, *beleid*, no funciona. Demasiado *gedoogbeleid* produce como resultado una administración que funciona como un orden legal autónomo. Consiste en una serie de decisiones administrativas en blanco y negro, permitiendo a los individuos y a las corporaciones transgredir la ley; jueces que sostienen esas decisiones y académicos que estudian y comentan la zona gris del sistema legal, como si fuera el verdadero orden legal. Los principios de igualdad y no discriminación, seguridad y protección de terceros juegan un rol de sometimiento. Una misma situación de hecho –un funcionario local que permitió el depósito de lodo contaminado, contraviniendo a las normas– condujo al planteamiento de dos importantes pleitos ante el TS (Pikmeer I St. 23-4-1996 y Pikmeer II St. 6-1-1998). El TS estimó que: a) los funcionarios no son responsables disciplinariamente si la acción sancionable coincide con el criterio municipal «*gedogen*»; b) las municipalidades no son responsables disciplinariamente si la acción sancionable se ha realizado en cumplimiento de una obligación pública (donde el consejo local debe ejercer el control). Las funestas consecuencias para terceros de esta jurisprudencia salieron a la luz debido a dos desastres. Una fábrica pirotécnica explotó en la mitad de la ciudad de Enschede el 13 de mayo del 2000. En total, 22 personas murieron en el subsiguiente incendio y parte de la ciudad quedó reducida a ruinas. ¿Por qué una fábrica como esa estaba situada en mitad de la ciudad? La respuesta holandesa fue la siguiente: ha estado aquí desde hace mucho tiempo y tiene cierta influencia por su importancia para la economía local y el mercado de trabajo. ¿Qué sucede con el permiso que se requiere? La respuesta holandesa afirma: bueno, para ser honesto, la fábrica sólo tenía permiso para tres containers, pero se toleraban otros cuatro... En ambos desastres, la fiscalía decidió no iniciar ningún procedimiento judicial, dada la jurisprudencia. En su ausencia, distintas autoridades fueron llamadas a investigar los desastres de una manera no procesal y terapéutica. Una modesta compensación estatal –120.000 euros como máximo– desincentivó las protestas y las querellas al estilo americano. Puede ser muy difícil transmitir el concepto de «*beleid*», pero lo es más aún traducir su versión extendida y, al mismo tiempo, contradictoria, «*gedoogbeleid*»; y es casi imposible entenderla racionalmente. Los lectores americanos que están acostumbrados a pensar en términos de «*checks and balances*» estarán sorprendidos de escuchar que, en Holanda, los poderes legítimos son muy ilusorios. El Legislativo y el Ejecutivo han confluído en un tipo de «División de Planificación y Control» del Estado del Bienestar. La administración es un complejo de agencias más o menos independientes, cada una con su propio *beleid* respecto de sus propios grupos clientelares», pgs. 77 y 78.

licy rules» difieren de las normas legislativas o de alcance general, en que las primeras no se dictan en virtud de ningún poder normativo explícito, sino que son adoptadas y ejecutadas por la autoridad administrativa en el ejercicio de sus poderes discrecionales¹¹⁶. Y ésa es, en puridad, la realidad que la *Awb* ha querido positivizar en su art. 81 parte 4. Porque si bien originalmente las «*policy rules*» fueron concebidas para tener únicamente fuerza interna¹¹⁷, no cabe duda, como posteriormente resalta esta misma doctrina, que el «*actual beleid*» se ha venido convirtiendo en una fuente adicional de derecho.

Cabría preguntarse en este punto acerca de la fuerza obligatoria de las «*beleidregels*». Ya lo hemos venido apuntando pero procede ahora concretar esta cuestión. El art. 84, parte 4 de la «*Awb*», proporciona una indicación al establecer que la autoridad administrativa deberá actuar de acuerdo con la «*policy rule*» a no ser que, debido a circunstancias especiales, las consecuencias para una o más partes interesadas fueran desproporcionadas para los propósitos de dichas reglas. Por otra parte, de la lectura conjunta de los artículos 81 y 84 citados, se extrae que las «*policy rules*» tienen únicamente fuerza obligatoria¹¹⁸ para:

- a) la propia autoridad administrativa;
- b) los empleados subordinados a la autoridad administrativa;
- c) las autoridades administrativas a las que se les ha delegado un poder, en tanto que la «*policy rule*» se encuentre en relación con el poder delegado.

Sin embargo, a lo largo de los años, su fuerza ha ido incrementándose hasta llegar a tener fuertes efectos *ad extra*. No cabe duda de que las «*policy rules*» crean muchas expectativas legítimas. Incluso, según WIDDERSHOVEN, R., existe una naturaleza obligatoria en cualquier política que se desarrolla –aunque no esté reconocida en una «*policy rule*» y por tanto vaya más allá del art. 84 de la CH– en virtud del principio no escrito de «expectativas legítimas o del principio de igualdad»¹¹⁹.

Ya hemos subrayado en una anotación precedente distintos pronuncia-

116. ALKEMA, E. A., «Constitutional...», *Introduction...*, *op. cit.*, pg. 310.

117. ALKEMA, E. A., «Constitutional...», *Introduction...*, *op. cit.*, pg. 310. Añade además que fue «en los sesenta cuando incidentalmente los tribunales empezaron a hacer respetar (enforce) las "*policy rules*"... por el bien del principio de seguridad jurídica e igualdad».

118. TEN BERGE, T., y WIDDERSHOVEN, R., «The principle...», *Netherlands...*, *op. cit.*, pg. 443. Para un amplio tratamiento de las «*beleidregels*» puede leerse en holandés la obra ya clásica de VAN KREVELD, J. H., *Beleidregels in het recht* («*Policy rules*» o directrices en el derecho); Deventer 1983.

119. TEN BERGE, T., y WIDDERSHOVEN, R., «The principle...», *Netherlands...*, *op. cit.*, pg. 442.

mientos del Tribunal Supremo («*Hoge Raad*») a favor de la fuerza externa de las «*policy rules*»; ahora podemos entender mejor el conflicto entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica o de «*legitimate expectations*». Detengámonos en algunos pronunciamientos adicionales.

En su sentencia del 28 de marzo de 1990, el Tribunal Supremo estableció que las «*guidelines*», aunque no tuvieran fuerza general, constituían parte del «derecho» si habían sido adoptadas de manera pública por la autoridad administrativa. Como consecuencia, el Tribunal, en casación, podía examinar la conformidad de la decisión de la autoridad administrativa con la «*policy rule*» extraída de las «*guidelines*» y el «*beleid*». El Tribunal subrayaba también que la autoridad administrativa no podía desvincularse de su «*policy rule*», «sin infringir los principios de justa administración "o" *fair administration*». La derogación podría ocurrir sólo en casos excepcionales¹²⁰.

Esta jurisprudencia supuso una revolución argumentativa, pues si bien el art. 99 de la Ley de la Organización Judicial (*RO*) establece que el Tribunal Supremo será competente para conocer en casación cuestiones sólo de ley, ello implica que las «*policy rules*» y las «*guidelines*» puedan en ocasiones ser consideradas «ley». Argumento que el Tribunal Supremo repitió en su Sentencia de 28 de junio para considerar con carácter de fuerza normativa, a los efectos del art. 99, las «*policy rules*» de los mismos tribunales, en cuanto a su política de juzgar causas penales pendientes¹²¹. Planteamiento que, desde luego, afecta a toda la labor del Ministerio Público. Hay que hacer notar asimismo que uno de los principios de justa administración, o de justa evaluación a los que se refería el Tribunal Supremo en el segundo caso, era precisamente el de «*legitimate expectations*»¹²².

La mayoría de la doctrina holandesa coincide en afirmar que es cierto que la «*Awb*» presiona al legislador y a otros órganos autorizados para imponer normas o crear nuevas regulaciones para todos los casos concebibles de actuación administrativa. Tomando decisiones, la administración está ahora,

120. Fuente TEN BERGE, T., y WIDDERSHOVEN, R., «The principle...», *op. cit.*, pg. 443. Posteriormente se añade que «la evolución del concepto entre la doctrina y la jurisprudencia ha llevado recientemente a introducir nuevos artículos en la *Awb*». Ya hemos hecho notar que el cambio legislativo se produce después del cambio doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial.

121. TEN BERGE, T., y WIDDERSHOVEN, R., «The principle...», *op. cit.*, pg. 451. Es importante resaltar que, en este caso, y dado que en Holanda no se aplica el principio del «*stare decisis*» –al menos no más allá de la tendencia de los tribunales inferiores a adaptar sus sentencias a la jurisprudencia de los tribunales superiores si no quieren asumir el riesgo de ver sus sentencias revocadas– el principio de «*legitimate expectations*» se ve protegido en un sentido formal, admisión y examen de la causa, pero no material.

122. TEN BERGE, T., y WIDDERSHOVEN, R., «The principle...», *Netherlands...*, *op. cit.*, pg. 451.

mucho más que antes, limitada por regulaciones que debe tener en cuenta. Finalmente, el propio tribunal, tendrá que examinar las decisiones administrativas a partir de esta gran cantidad de normas que se aplican a decisiones correspondientes¹²³.

Pero también coincide la doctrina en la consideración de que la codificación de las «*policy rules*» tiene sus límites y plantea sus inconvenientes. Después de todo, no sólo la «*Awb*» sino también las regulaciones que las desarrollan, son, en general, meras regulaciones básicas y formales. Sólo en un sentido formal-legal subyace la garantía de emitir «*policy rules*». En lo que se refiere al contenido, la decisión de perseguir una determinada política no se ve afectada por estas regulaciones, pues se aplican otros mecanismos políticos y judiciales.

Más aún, una ejecución excesiva del principio de legalidad puede afectar al principio de separación de poderes del «*Rechtsstaat*» (Estado de derecho). En definitiva, «las relaciones entre los órganos del Estado quedan innegablemente afectas por el énfasis que se ponga en el principio de legalidad»¹²⁴. Por otra parte, entre esos mismos mecanismos judiciales, cabe reiterar la posibilidad de examinar las decisiones y regulaciones administrativas al amparo de principios no escritos –como los ya señalados– y por tanto, adaptar la letra de la ley –o contradecirla si esos principios están reconocidos en el derecho internacional– mediante su interpretación en el caso concreto. Sólo la ley queda vetada a este análisis; pero no el acto administrativo o la regulación dictadas a su amparo, incluidas las mismas «*guidelines*» o «*policy rules*». Consecuentemente, procede recordar también, la peculiar relación que se produce entre la ley, la Constitución y los principios surgidos al amparo de resoluciones internacionales, siendo la ley jerárquicamente superior a la Constitución pero no así en relación a los principios de derecho internacional, lo que al mismo tiempo viene a afirmar una teoría de la Ley fundamental –aunque no típica– y, sin embargo, niega un principio de soberanía parlamentaria y supremacía absoluta de la ley.

Esta complicada situación ha llevado a la doctrina a adoptar una opinión más o menos similar. Los diversos posicionamientos que hemos analizado en este apartado plantean las siguientes conclusiones:

i) Para WIDDERSHOVEN, R., y TEN BERGE, T., puede afirmarse, tal vez de un modo exagerado, que no hay nada tan inseguro como el de que una de-

123. HOOGERS, H. G., y WARMELINK, H. G., «The compatibility...», *Constitutionalism...*, *op. cit.*, pg. 150.

124. HOOGERS, H. G., y WARMELINK, H. G., «The compatibility...», *Constitutionalism...*, *op. cit.*, pg. 150.

manda basada en el principio de expectativas legítimas y el principio de seguridad jurídica, vaya a ser «honesta». En el derecho constitucional y el derecho administrativo holandés existe un deseo de aceptar esta incertidumbre. Para dichos autores la ventaja de tal situación es que, en aquellos casos en donde entra en juego el principio de «expectativas legítimas», es posible adoptar una decisión a medida (*«provide for a "taylor made" judgement»*). Dependiendo de la situación, el tribunal puede determinar qué solución es la más justa. Esto explica las razones que motivan el hecho de que la codificación legal del principio no se haya materializado todavía. No obstante, como pone de relieve esta doctrina, la cuestión que en el futuro deberá solucionarse en Holanda es si será posible valorar el principio de «expectativas legítimas» de forma más predecible y controlable, mediante su incorporación en una estructura legal, dejando al mismo tiempo espacio suficiente para soluciones justas en casos individuales¹²⁵. Ni que decir tiene que el Ministerio Público holandés puede construir su acusación en base a unas mismas premisas: conforme al principio de expectativas legítimas.

ii) Por su parte, BLANKENBURG viene a constatar la misma realidad e introduce además un nuevo matiz en la apreciación del *«beleid»* que ya hemos apuntado, pero que, utilizando sus propios términos, resulta esclarecedor:

«Cuando *beleid* es formulado a través de *guidelines*, puede adquirir una fuerza cuasi-legislativa. Puede utilizarse como punto de referencia en el Tribunal, por ejemplo, en un Tribunal penal... En el derecho administrativo, el uso del *beleid* es un argumento aún más frecuente. Las entidades locales holandesas publican abundantes reglas que se refieren al código de edificación, permisos para mercados o vendedores ambulantes, días de deposición de la basura, lugares donde se permite música en público, etc. Sin embargo, la práctica diaria se desvía a menudo del *beleid* que contienen las *guidelines* expedidas. Un abogado tiene muchas posibilidades de desafiar una decisión administrativa en base al argumento de que el *beleid* actual de la localidad no está siguiendo la regla explícita sino que permite una serie de excepciones, no ejecutándola (la norma o regla) bajo cualquier condición. El *beleid* actual (el de la práctica) se ha convertido en fuente adicional del derecho»¹²⁶. Paralelamente a la posibilidad de poder conculcar o interpretar la regulación legal a través de las *beleidregels*, al mismo tiempo, éstas pueden contradecirse o interpretarse conforme a la práctica del *«actual beleid»*. De nuevo, el principio en contradicción podría ser perfectamente, entre otros, el de *«legitimate expectations»*, saltándose una legalidad ya matizada una vez, que vuelve a quebrantarse por la mera práctica. Es un paralelismo que cuadra perfectamente en la lógica jurídica de la «cultura holandesa».

125. TEN BERGE, T., y WIDDERSHOVEN, R., «The principle...», *op. cit.*, pg. 452.

126. BLANKENBURG, E., «Dutch...», *Introduction...*, *op. cit.*, pg. 47.

iii) Por último, de forma mucho más crítica y aportando una respuesta clara al dilema de WIDDERSHOVEN, R., se expresa la opinión de HOOGERS y WARMELINK, no sin dejar de constatar una realidad muy parecida a la de los demás autores cuando afirman que el fenómeno judicial de la «*policy rule*» es «el rumbo de una acción convertida en ley, cuyo incumplimiento sólo es aceptable en ciertos casos». Para dichos autores, la diferencia con las normas legales se manifiesta en la inherente libertad que da la «*policy rule*» para desviarse de ella, lo que la convierte en un fenómeno situado, por un lado, entre la norma y, por el otro, con los hechos relevantes de la norma, subrayando que, casi siempre desde la propia administración surgen objeciones contra el desarrollo de la «*Awb*». Al respecto, dichos autores aluden a que la libertad de los órganos administrativos para tomar las decisiones correctas en casos específicos podría dificultarse como resultado de la maraña de normas formales y regulaciones aplicables y que existen además abundantes quejas de que los tribunales deciden demasiado rápido. Argumentos que, a su juicio, deben ser considerados en el supuesto de una mayor culminación del principio de legalidad en el sistema jurídico holandés¹²⁷.

127. Por su interés, reproducimos en esta nota a pie de página, la argumentación que dichos autores desarrollan al respecto: «Uno de los resultados de este desarrollo es un cambio gradual en las relaciones entre el legislador, la administración y la judicatura. La decisión del legislador no es ya sacrosanta y por lo tanto la ley pierde parte de su autoridad. A pesar de ello, la administración está más atada a la ley de lo que solía. Más que nunca, se llevan a cabo esfuerzos para basar cada una de las acciones del gobierno en una regulación establecida. En cualquier caso, una postura legalista está considerada fuera de lugar. La Ley y la Constitución ofrecen al juez la oportunidad de examinar la legalidad establecida respecto de principios legales superiores. Por extraño que parezca, tanto la sujeción de la administración a la ley como la creciente independencia del juez de la ley, son defendidos en alegatos sobre el Estado de derecho. Se sostiene que la judicatura está obligada a cubrir las lagunas que surgen como consecuencia de la inadecuación de los órganos autorizados para hacer las leyes, lo que a su vez conlleva a que el juez se vea compelido a examinar las leyes bajo más altos principios. El hecho de que esta situación sea una violación de una regla superior del Estado de derecho es, aparentemente, o no reconocido o deliberadamente aceptado. Estos llamamientos contradictorios a los principios del Estado de derecho pueden explicarse por las tensiones entre sus mismos principios: supremacía de la ley, separación de poderes, independencia judicial y protección de los derechos civiles y políticos, no van, automáticamente y por definición, de la mano. También el objeto del Estado de derecho y los distintos medios para alcanzarlo están inherentemente en conflicto. Es difícil aceptar que, después de todo, leyes que no soportarían el examen de la crítica, se mantuvieran en vigor por la adherencia del juez a ellas. Sin embargo, hay muchísimas razones para aceptar la ley como guía, tanto por parte de la administración como de la judicatura. Según los principios del Estado de derecho, no es la existencia de un juez independiente la mejor garantía de las acciones de los gobiernos, sino la aplicación de la ley por parte del juez. Aquel juez que abandona el principio de invulnerabilidad (infrangibility) de la ley, rompe con los fundamentos del Estado de derecho y garantiza una posición a la judicatura que no es compatible con el órgano deliberante del Estado de derecho». HOOGERS, H. G., y WARMELINK, H. G., «The compatibility...», *Constitutionalism...*, *op. cit.*, pgs. 149, 150, 163 y 164.

1.1.4. Recapitulación

La historia constitucional holandesa es, como ya hemos venido subrayando, una historia temprana, continuada, dinámica, liberal, ecléctica y particular¹²⁸.

Holanda se constituye pronto en un Estado liberal moderno que bebe de las distintas fuentes jurídicas tanto continentales como sajonas. A lo largo de los siglos XIX y XX, dos siglos comparativamente tranquilos en Holanda respecto a otros Estados europeos, desarrolla una cultura jurídica y constitucional propia, marcada por la estabilidad interior mediante la puesta en marcha de políticas de integración y la introducción de derechos políticos y civiles. La Constitución escrita y el «*basic law*» contribuyen a esa estabilidad convirtiendo en realidades jurídico-políticas la evolución del Estado en todos sus aspectos: políticos, sociales y económicos. Conforme a dichas premisas, Holanda se constituye en un Estado de bienestar democrático que respeta los principios básicos del Estado de derecho¹²⁹.

Entre los elementos particulares que más destacan de la cultura jurídica holandesa encontramos la existencia principios de derecho no escritos, el carácter no racional-normativo de la Constitución y la codificación y aplicación del derecho bajo el principio del «*informal rule of law*». Dentro del «*basic law*» no escrito se encuentran casi todos los principios generales del Estado de Derecho que no han sido reconocidos expresamente en la Constitución e incluso algunos derechos fundamentales. El principio de legalidad, el de jerarquía, de seguridad jurídica, de expectativas legítimas, de separación de poderes o incluso los derechos de tutela judicial y el derecho a un tribunal imparcial son algunos de los contenidos de este derecho¹³⁰.

128. Entre las obras no citadas aquí expresamente, cabe destacar la siguiente literatura en inglés sobre la historia constitucional holandesa: ISRAEL, Jonathan I., *The Dutch Republic: Its Rise, Greatness and Fall 1477-1807*, Clarendon Press Oxford; PRICE, J. L., *Holland and the Dutch Republic in the Seventeenth Century: The Politics of Particularism*, Clarendon Press 1995; HOOGERS, H. G., «The Dutch Revolution», *Constitutionalism in the Netherlands*, Akkermans P. W. C., Elzinga D. J.; Pietermaat-Kros E. Groningen University Press, 1995.

129. Muy interesante resulta «The compatibility of the Rechtsstaat principles. On tensions between them and on their consequences for Dutch constitutional law», *Constitutionalism, Universalism and Democracy. The Dutch contribution to the fifth congress of the International Association of Constitutional Law in Rotterdam*, D. J. ELZINGA, F. GOUDAPPEL, H. R. B. M. KUMMLEING, University Press-Groningen-1999.

130. Como afirma BESSELINK en su *Syllabus* «la Constitución no utiliza de manera expresa el concepto de separación de poderes... Excepto por el tratamiento diferenciado de la judicatura y de la administración de justicia en el Capítulo 6 de la Constitución, es difícil trazar desde la estructura y las previsiones constitucionales una distinción clara entre el poder legislativo y el poder ejecutivo y sus representaciones institucionales». BESSELINK, L., Leonard, *Dutch Constitutional Law; Syllabus*, pg. 13, Utrecht University Press.

Sobre el derecho de «acceso a la justicia» o tutela judicial efectiva, tampoco «*la Constitución ha establecido un derecho a la tutela judicial como tal*». De un análisis constitu-

La Constitución holandesa, como no podía ser de otra manera, no es racional-normativa. Es un instrumento político de indudable importancia histórica y jurídica, goza de cierta fuerza como la referida a la previsión de reservas de ley y posee «de fondo y en sus previsiones, un bloque coherente de ideas políticas»¹³¹.

Pero Holanda carece de una justicia constitucional. Por lo tanto la garantía de todo el «*basic law*» así como de la Constitución escrita se realiza a través de otros mecanismos legales: tratados o resoluciones internacionales, leyes orgánicas, regulaciones administrativas y judiciales, legitimación de los jueces para considerar todo el «*basic law*» no escrito.

Conforme a esta sistemática jurídica, Holanda se ha caracterizado siempre por desarrollar y garantizar políticamente –judicialmente acaso– los principios del Estado de derecho y de bienestar y, no tanto, formalmente a través del derecho positivo, normas de alcance general con definiciones programáticas y precisas. Ha mantenido una actitud práctica e informal tanto en la codificación del derecho como en su implementación, que ha dado en llamarse el «*informal rule of law*». El legislador holandés, la administración holandesa, gozan de gran libertad y discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones y se podría afirmar que sus límites están mejor definidos políticamente –a través de la costumbre, la práctica o de la propia deliberación política– que jurídicamente. Lo hemos percibido con claridad en ciertos ejemplos dentro del orden administrativo, de donde nace esta doctrina, pero insistimos, también es extensible a todos los ámbitos, en especial en el orden penal, precisamente sobre la institución del Ministerio Público.

No obstante, Holanda y su cultura jurídica están cambiando. O por lo menos, sufren cierta «presión» de elementos externos que están afectando a sus prácticas. Se le exige que adopte un mayor formalismo y un mayor control sobre las actividades de sus instituciones. Demasiada particularidad tal

cional en profundidad de los distintos preceptos, en especial el art. 17, se puede concluir que si bien tiene una reserva de ley «*la restricción del acceso a la justicia no está vedado para el legislador formal [...] la Constitución holandesa no otorga un derecho subjetivo de tutela judicial efectiva, excepto para aquellos que han sido privados de su libertad sin orden judicial*». Es decir, tan solo existe una garantía constitucional del procedimiento *Habeas Corpus*. Al igual que habíamos visto antes desde el prisma de otros principios, «*el artículo 6 de la CEDH y la jurisprudencia –de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo– tienen un papel fundamental en la protección del derecho de acceso a la justicia en el sistema jurídico holandés*». BARKHUYSEN, Tom, BRENNINKMEIJER, Alex, VAN EMMERIK, Michiel, «Access to Justice as a Fundamental Right in the Dutch Legal Order», *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Bristol 1998, Editors J. H. M. VAN ERP and E. H. Hondius, pgs. 396, 398, 399, 419. Asser Instituut, The Hague.

131. BESSELINK, L., *Sylabus*, *op. cit.*, pg. 10.

vez, en una sociedad que pertenece a Europa y al mundo globalizado. Así sucede también dentro de la institución del Ministerio Público, cuestión que tendremos ocasión de abordar más adelante.

1.2. La «Administración de Justicia» en la Constitución holandesa

La Constitución holandesa se divide en ocho Capítulos, cuya estructura abarca los Derechos Fundamentales (Capítulo I, arts. 1 a 23), el Gobierno (Capítulo II arts. 24 a 49) Los Estados Generales (Capítulo III arts. 50 a 72), el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas, el Defensor Nacional del Pueblo y los órganos consultivos permanentes (Capítulo IV, arts. 73 a 80), la Legislación y la Administración (Capítulo V, arts. 81-111), De la administración de justicia (Capítulo VI, arts. 112 a 122), las Provincias, Municipios, Consejos de Aguas y otros organismos públicos (Capítulo VII, arts. 123 a 136), y la revisión de la Constitución (Capítulo VIII, arts. 137 a 142), junto a treinta disposiciones adicionales (enumeradas del I al XXX en números romanos). Por otra parte, varios artículos de la Constitución de 1972¹³² permanecen provisionalmente en vigor.

Nuestro análisis se centrará, por tanto, en su Título VI, y lo primero sobre lo que debe llamarse la atención es la terminología elegida para la denominación del propio título, para cuya traducción y por su literalidad, se ha optado por referirlo como «De la administración de justicia». No obstante debe explicarse¹³³.

En este sentido, la denominación del título en su idioma original es «*Rechtspraak*», que literalmente quiere decir «proclamar derecho», «*speak the law*» como lo tradujo Leonard BESSELINK¹³⁴. Es decir, «administrar derecho», «impartir derecho», o más correctamente por tanto, «administrar justicia» o «impartir justicia», cuya acción o efecto es la «administración de la justicia». El término «administración» lo hemos mantenido en minúscula en nuestra traducción, para que los lectores –como reconozco me sucedió a mí en primera instancia– no tengan la tentación de pensar en la «*Administración de la Justicia*», desde el punto de vista de la tradición francesa¹³⁵.

132. En concreto, los artículos 81 y 130 CH.

133. No es ésta por ejemplo la traducción recogida en la página Web del Ministerio de Justicia español, en la que, con anterioridad, nos hemos basado para alguna referencia. La página directa es www.constituciones.es. La traducción en este caso es: «*De la Justicia*». En realidad, es posible que como traducción, considerando el castellano, sea más correcta, pero optamos por mantener nuestra versión, porque creemos ayuda a comprender mejor la regulación constitucional.

134. L. BESSELINK, L. en entrevista personal, mayo 2004 (aprox.).

135. Como se puede deducir después de lo ya expuesto, y como me subrayó el Profesor VERVAHELE en una entrevista personal, «no deben nunca los españoles o franceses pensar en su tipo de Administración cuando se encuentren con esta palabra en el derecho holandés. El término en holandés se usa poco y puede hacer referencia a muchos órganos de distinta tipología». John VERVAHELE es Catedrático de Derecho

«*Rechtspraak*» no es poder judicial ni se refiere a la administración de la justicia, es acción, es una función, es en definitiva una «práctica». Es ejercer «*jurisdicción*». El título por lo tanto es fiel a la tradición de constitucionalizar una actividad que debe reunir las garantías democráticas, y no se refiere tanto a un poder que, en todo caso, existirá en cumplimiento y en función de las garantías constitucionalizadas. Porque precisamente y como a continuación analizaremos, se distingue conceptualmente por su relación con la misión de «*speak the law*», de «*rechtspraak*».

La propia CH efectúa varias distinciones que resultan esclarecedoras. Analicemos la primera de ellas.

En el artículo 116.4 CH podemos leer: «*De wet regelt het toezicht door leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast uit te oefenen op de ambtsvervulling door zodanige leden en door de personen bedoeld in het vorige lid*», que en castellano significa que «La ley regulará el control sobre la manera en que cumplen sus funciones los miembros del Poder Judicial ("*rechterlijke macht*") encargados de la administración de justicia y las personas aludidas en el apartado precedente»¹³⁶.

La remisión al apartado precedente (art. 116.3 CH)¹³⁷ para referirse a las personas aludidas no es otra que la de los jueces legos («*lay judges*») que, no perteneciendo al poder judicial («*rechterlijke macht*»), pueden participar en el «*rechtspraak*» o administración de justicia.

En este caso, la Constitución holandesa establece una reserva de ley para

Procesal Penal en la Universidad de Utrecht. Es también miembro del Wiarda Instituut de Derecho Público perteneciente a la misma Universidad, en el que estuve participando como «*Guest Researcher*» durante el período de febrero a julio de 2004. Durante ese tiempo le realicé varias entrevistas acerca del Ministerio Público. En estas entrevistas me hizo un resumen de sus ideas expuestas en: VERVAHELE, John, «Het openbaar ministerie in the stafrechtspleging: verga strafrechtsbeleid een nieuwe definitie van the trias politica?» («El Ministerio Fiscal en los procesos penales: ¿Requiere la política criminal una nueva definición de la "trias" política?»), *Rechtskundig Weekblad* núm. 90-91, pgs. 1014-1032.

136. En esta ocasión, también nos hemos apartado de la traducción «oficial». Ésta es mucho más literal y cuesta desentrañar el sentido de la disposición, que es precisamente lo que hemos intentado en la nuestra. La añadimos por si puede beneficiar al lector y por rigor académico, pues hemos de reconocer que nuestra traducción viene a su vez de una traducción inglesa, cuya formulación posee la claridad típica de este idioma que tan útil es en el campo científico y académico. Art. 116.4 CH: «La ley regulará el control a ejercer por los miembros del Poder Judicial encargados de administrar justicia, sobre la manera en que tales miembros y las personas aludidas en el párrafo precedente, cumplen sus funciones».

137. «De wet kan bepalen, dat aan *rechtspraak* door de rechterlijke macht mede wordt deelgenomen door personen die niet daartoe behoren», establece dicho artículo que, en castellano, significa que «La ley podrá establecer qué personas que no pertenecen al Poder Judicial participen en la *administración de justicia*, a través del Poder Judicial.»

regular el control de la actividad de todos aquellos que «administran justicia», de todas aquellas personas que poseen la competencia de «*rechtspraak*», es decir, de los jueces como miembros distinguibles del poder judicial por su «*rechtspraak belast*», en definitiva, por su responsabilidad en la administración de justicia.

Cabe subrayar que el término juez no aparece en ninguna disposición constitucional, porque dicha autoridad queda definida dentro del poder judicial como aquel que ejerce la función concreta de administrar justicia. Y por ello, como corresponde a su función distintiva, debe estar sometido a un control especial, del mismo modo que los jueces no integrantes del poder judicial, regulado por ley y, evidentemente, de forma distinta al resto de los miembros del poder judicial.

Por ello, el título «*Rechtspraak*» incluye –y así lo hace el capítulo correspondiente– disposiciones que resultan ajenas a la regulación del poder judicial en sentido estricto y extrañas a la doctrina del constitucionalismo racional-normativo. Nos estamos refiriendo al artículo 114, que prohíbe la pena capital, al 121 que garantiza el derecho a la publicidad y a la motivación de las sentencias, y al artículo 120, que, como sabemos, establece la prohibición del control de constitucionalidad de las leyes¹³⁸. Las tres acciones suponen «*rechtspraak*» todos los artículos se dirigen precisamente a limitarlo de algún modo. También cabe llamar la atención sobre el art. 122, que reconoce el derecho de gracia. El motivo de su inclusión es, de nuevo, expresar que el ejercicio del derecho de gracia implica la acción de impartir justicia, un «*rechtspraak*» que se formaliza mediante real decreto, que no lo ejerce el poder judicial, pero que no por ello deja de ser impartir justicia.

Y no incluye, no está presente en todo el capítulo constitucional ninguna otra función o actividad y, por tanto, ningún otro componente del poder judicial, a excepción de lo que mencionaremos a continuación. El mencionado capítulo de la Constitución holandesa se refiere básicamente a las garantías y a los medios para ejercer «*rechtspraak*» siendo una de estas garantías el que se ejerza a través de un poder judicial regulado por ley, y en el que se integran –o a través del cual sin integrarse– (art. 116.3) los «*Lay Judges*», quienes imparten la administración de justicia (*rechtspraak*).

Procedamos en consecuencia. Establece el art. 112 CH en su apartado

138. Tanto la Constitución italiana (art. 27) como la española (art. 15) establecen la prohibición de la pena de muerte dentro del título dedicado a los derechos fundamentales en dos disposiciones casi idénticas. Lo mismo sucede con el derecho a la publicidad y motivación de las sentencias que está implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 en ambas Constituciones). E igualmente ambas reconocen la posibilidad del control constitucional de las leyes en sus capítulos dedicados expresamente al Tribunal Constitucional.

1, que «*Corresponde al Poder Judicial juzgar los litigios sobre derechos de naturaleza civil y sobre contratos*», añadiendo en el apartado 2 siguiente que «*La ley podrá conferir, bien al Poder Judicial, bien a jurisdicciones que no formen parte del mismo, competencias para juzgar las controversias que no deriven de relaciones jurídicas civiles. La ley regulará el procedimiento a seguir y los efectos de sus decisiones*». Y por su parte el art. 113 añade que corresponde «*al Poder Judicial juzgar los delitos. [...]*»¹³⁹, asignando únicamente al Poder Judicial, la facultad de imponer penas privativas de libertad».

Efectivamente, juzgar e imponer penas implican «*rechtspraak*». Por lo tanto, cabría sugerir que el constituyente holandés hubiera añadido que «corresponde a los miembros del poder judicial encargados de administrar justicia juzgar... pero resultaba innecesario. Hubiera sido repetitivo»¹⁴⁰.

Se constitucionaliza por tanto la garantía de que la administración de justicia, en el orden penal y civil, pertenezca al poder judicial¹⁴¹. De hecho, será la ley quién «*determinará las jurisdicciones que formen parte del Poder Judicial*» (art. 116.1 CH), así como «*la organización, composición y competencias del Poder Judicial*» (art. 116.2 CH). Tres de ellas, las que suponen «*rechtspraak*» ya han quedado constitucionalizadas: juzgar en el orden civil, en el penal e imponer penas privativas de libertad. Y estas tres competencias las ejercerán a través del poder judicial personas designadas por ley para impartir justicia «*lay judges*» y los miembros integrados en el poder judicial encargados de administrar justicia (art. 116.3 CH); siendo controlados según establezca la ley sobre el modo en que cumplen estas funciones (art. 116.4 CH). Además una ley regulará el estatuto de estos miembros (art. 117.4), que deberá incluir la garantía de su nombramiento vitalicio por Real Decreto.

He aquí la otra disposición fundamental para entender la regulación constitucional holandesa. Establece el art. 117.1 CH lo siguiente: «*De leden van de rechterlijke macht rechtspraak belast en de procureur-generaal bij de Hoge Raad worden bij koninklijk besluit voor het leven benoemd*»¹⁴². De nuevo constatamos la misma distinción, «miembros del Poder Judicial encargados de administrar justicia», más el añadido de un nuevo miembro del poder judicial, el Procurador General ante el Tribunal Supremo, figura muy particular de la que nos

139. Art. 113.1 1. «Aan de rechterlijke macht is voorts opgedragen de berechting van strafbare feiten». Como podemos observar, «juzgar» se dice «*berechting*».

140. BESSELINK, L., entrevista personal.

141. Y se deja fuera, a disponibilidad del legislador, el orden laboral y administrativo. Una cuestión que ya hemos hecho notar al analizar anteriormente el orden administrativo.

142. Art. 117.1 CH «*Los miembros del Poder Judicial encargados de administrar justicia y el Procurador General del Estado ante el Tribunal Supremo serán nombrados con carácter vitalicio por Decreto Real*».

ocuparemos más adelante que, *a sensu contrario*, no administra justicia, pero que igualmente goza de las mismas garantías de independencia¹⁴³. Su modo de nombramiento y competencias quedan ligadas asimismo a la regulación constitucional de los miembros y de las competencias del Tribunal Supremo (arts. 118 y 119).

De la lectura de todos estos preceptos se desprende que el constituyente holandés prefirió dejar en manos del legislador la configuración del poder judicial; aunque sí le obligó a que fuera por ley.

Además abrió la posibilidad de una configuración bastante libre, pues tan sólo incluye constitucionalmente dos jurisdicciones, la penal y la civil, y no establece ninguna previsión sobre ningún miembro concreto –ni siquiera su existencia– a excepción de aquellos que «administran justicia», el Fiscal General del Tribunal Supremo y los demás miembros de este mismo tribunal.

En realidad, las previsiones constitucionales se limitan a regular las garantías de la función de «administrar justicia» –sentencias públicas y motivadas– entre las que no se establece que estén atribuidas a un poder unitario, reservando constitucionalmente sólo ciertas competencias al poder judicial. Entre las garantías que se incluyen destaca la del nombramiento vitalicio y la previsión de regulación expresa por ley, lo que incluye al Fiscal General del Tribunal Supremo.

En coherencia con su cultura jurídica, la Constitución holandesa no enuncia el principio de independencia ni del poder judicial como poder, ni siquiera lo constituye, ni tampoco el de los jueces –miembros del poder judicial encargados de administrar justicia– a quienes tampoco distingue como órgano del poder judicial, optando sin embargo por introducir el sistema de nombramiento vitalicio y causas tasadas (por ley) de separación (art. 117.2 y 3) que como sabemos, constituyen una buena medida –necesaria pero no suficiente– para garantizar la independencia de los jueces.

Independencia que, en todo caso, «ha sido prevista constitucionalmente sólo para los jueces del poder judicial»¹⁴⁴. Ciertamente es que de nada vale enun-

143. Art. 117.4 CH referido al nombramiento, destitución y aforamiento a una jurisdicción especial.

144. LANGBROEK, Philip, *The organization of the Dutch judiciary*, pg. 2. El texto me lo proporcionó el autor en una entrevista personal que tuve ocasión de realizar en la primavera de 2004. Philip LANGBROEK era entonces «senior researcher» en el *Institute of Constitutional and Administrative Law* en la Universidad de Utrecht, así como «Chairman» del Grupo de Estudio sobre «*Management and Delivery of Justice*» del Grupo Europeo de Administración Pública en Bruselas. El texto estaba todavía en prensa. Hay que hacer notar que LANGBROEK llama «*other courts*» a aquellas jurisdicciones que no perteneciendo al poder judicial no tienen garantizada constitucionalmente la independencia de sus jueces. Y señala a la jurisdicción administrativa como una competencia de esas otras jurisdicciones «*other courts*» que, sin embargo, deciden las causas considerando los derechos civiles «en consonancia con el significado del artículo 6 del

ciar un principio si a éste no se le dota de contenido, siendo tal vez más útil enunciar su contenido y no tanto el principio formal. En Holanda, tanto la Judicatura como el Ministerio Fiscal estuvieron –hasta 1999– enteramente bajo el control del Secretario de Estado de Justicia, sin que existiera ninguna institución similar al Consejo General del Poder Judicial.

No obstante, la independencia judicial nunca ha sido un tema conflictivo para jueces y tribunales en Holanda¹⁴⁵. Vemos de nuevo la peculiar tradición constitucional holandesa, ahora tal vez en su versión más claramente anglosajona¹⁴⁶. No cabe duda de que la magistratura holandesa era independiente en sentido material, pero no lo era en sentido formal. Tampoco lo exige la Constitución holandesa, en la que no se establece un principio de separación de poderes en sentido formal. El cambio hacia el reconocimiento de esta independencia en sentido formal –o de la autonomía en el caso del MP– se ha producido por una decisión del legislador orgánico en su nueva Ley de la organización judicial (*«et op Rechterlijke organisatie»*, en adelante RO de 1999).

En conclusión, la CH regula la función de administrar justicia y no el poder judicial, y el legislador goza de gran libertad para su configuración.

Interesante es asimismo y, como ya hemos enunciado, la previsión del Fiscal General del Tribunal Supremo y la garantía de su nombramiento vitalicio. Como afirma VERHEY, el artículo 117 de la CH, precisamente, «quiere decir, y está confirmado por la literatura especializada, que existen otros miembros del poder judicial que no se encargan de la administración de justicia»¹⁴⁷.

CEDH. Y por lo tanto, los tribunales administrativos y sus jueces deben obedecer las obligaciones del artículo 6 exactamente igual a como deben hacerlo los tribunales que pertenecen al poder judicial».

145. LANGBROEK, Ph. M., *The organization...*, *op. cit.*, pg. 2. Se considera que su nombramiento vitalicio es una garantía suficiente.

146. Para BESSELINK las distintas influencias, continentales y de common law, podían coincidir en gran medida, con la distinción entre derecho privado y derecho público respectivamente. BESSELINK, L., entrevista personal (abril 2002 aprox.).

147. Documento parlamentario 25-392 (en adelante «Parliamentary docs.») VERHEY, Luc. «*Lower House of the States General. Amendment of the Judiciary (organization) Act, the Code of Criminal Procedure and other Acts (reorganization of the Public Prosecution Department [OM], setting up of a National Prosecutor's Office). Explanatory Statement*». El profesor VERHEY es Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Maastricht (www.unimaas.nl). En el momento de la reforma de la citada RO (1999) era miembro del Gabinete jurídico del Ministerio de Justicia y está considerado uno de los «padres» de la ley. VERHEY tuvo la gentileza de proporcionarme este documento donde se explica el sentido de la reforma, pues se trata de hecho de la propuesta legislativa enviada al Congreso; propuesta de ley aceptada sin cambios significativos, pues se trataba de un texto ya muy consensuado. Durante mis estancias en Utrecht (2002 y 2004) tuve la oportunidad de entrevistarle en dos ocasiones.

En nuestra opinión, las distintas reservas de ley están claramente previstas en exclusiva para los miembros del poder judicial con «rechtspraak belast» –art. 116– incorporando esta función además en el doble sentido ya señalado: en primer lugar, distinguiendo precisamente la función de impartir justicia como aquella a la que expresamente se pretende constitucionalizar, dotándole de garantías y dejando libertad en todo lo demás al legislador; en segundo lugar, para identificar un control que deberá ser específico y característico de estos miembros (jueces y magistrados) encargados de la administración de justicia. De otro modo, no se podría entender la previsión específica de una reserva de ley para toda regulación que afecte al conjunto del poder judicial.

Hay además otra previsión constitucional que se refiere a la figura del Fiscal del Tribunal Supremo. Se contempla en el artículo 57, Cap. 3 «Los Estados Generales», donde se establece la prohibición para los parlamentarios de ejercer ciertos altos cargos, entre ellos el de Fiscal del Tribunal Supremo.

Estas previsiones, a juicio de la literatura científica, no suponen ninguna referencia al Ministerio Público, que queda fuera de la Constitución.

1.3. Las importantes reformas de la Administración de justicia en Holanda

1.3.1. La reforma de la magistratura y la creación de un «Council of the Judiciary»

Como puede leerse en abundante literatura especializada, la organización judicial holandesa ha sufrido a lo largo de estas dos últimas décadas importantes cambios. De «drástica reorganización» los califica la propia agenda 2005 del Consejo del Poder Judicial¹⁴⁸. Existe además una opinión casi unánime sobre el origen de estos cambios así como sobre sus motivos y su desarrollo. El incremento constante de las causas, unido a un aumento de las críticas por parte del poder político, unido al «descubrimiento» del mundo judicial por parte de los medios de comunicación y de la opinión pública ponían fin al modo de operar «callado y realizado en la parte trasera» que había sido característico de los encargados de la administración de justicia en dicho país¹⁴⁹. La idea de una necesidad de cambio comenzó a fra-

148. «Agenda for the Judiciary for 2005-2008». Redactada por la Strategy & Development Section del Council for the Judiciary. Puede encontrarse en www.rechtspraak.nl.

149. VAN DER DOELEN y FRANS, C. J., «On the Quality of the Administration of Justice, Judges and Courts», *The Challenge for Judicial Systems*, Editado por Marco FABRI y LANGBROEK, Ph. M., IOS Press, 2000, pg. 155. En el momento de redacción de este artículo el autor era el responsable de la División de Política e Instrumentación del Departamento de Administración de Justicia del Ministerio. La misma agenda del Consejo señala que la confianza de la opinión pública en el poder judicial había

guarse a principios de los años ochenta, adoptando claramente la perspectiva de que la organización judicial y muchas otras organizaciones ejecutivas funcionarían mejor si la autoridad administradora y sus responsabilidades estuvieran situadas en el nivel más bajo posible. Como señala la doctrina consultada, hay que recordar que, en ese momento, la organización del poder judicial al completo –personal, gastos presupuestarios, recursos materiales etc.– estaba en manos del Secretario de Estado de Justicia y que, hasta entonces, las funciones y responsabilidades que corresponden al cuidado de toda organización en una grandísima proporción eran ejecutadas «de una manera centralista y clásica desde el Ministerio»¹⁵⁰.

Lo cierto es que la organización judicial holandesa adolecía de cierta obsolescencia y cierto desfase temporal en sus estructuras –la Ley de la Organización Judicial (RO) databa de 1827– sin que se hubieran producido reformas de calado¹⁵¹. Partiendo de la necesidad de modernización de la organización judicial, asumida por todos los sectores, la idea que se ha manejado a lo largo de todo este tiempo, ha sido la de considerar que resulta posible «construir un buen equilibrio entre la independencia judicial, la responsabilidad judicial y la eficiencia»¹⁵². Junto a las fuertes críticas de principios de los años ochenta a la justicia, surgen determinadas cuestiones a las que es difícil responder. Entre otras, precisamente, el determinar a quién correspondía la responsabilidad política del trabajo realizado por los tribunales, cuando existe al mismo tiempo una clara dificultad para discernir las responsabilidades administrativas correspondientes. Desde el punto de vista constitucional, parece claro que «*Rechtspraak*» no incluye en ningún caso actividades administrativas referidas a los tribunales y a los jueces¹⁵³. Pero esto no

descendido gradualmente desde 1981 hasta 1999. Sólo entonces comenzó a ascender. No obstante, BESSELINK matizaba sobre esta opinión que si bien esa crítica existió, el debate nunca fue realmente público (Entrevista, marzo 2004).

150. BROMMET, Edo C. y CLEIREN, Christina P. M., «Managing and Delivering Justice in the Netherlands in the 21st Century. Towards an Empowerment of the Judiciary», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000, pg. 75.
151. Afirmaba VAN DER DONK, «gracias al descontento social por el funcionamiento [de los tribunales] (celeridad, cuidado de las víctimas), la organización del sistema judicial ha ascendido rápidamente en la agenda política. Mucha presión se ha puesto en la policía, el Ministerio Fiscal, el sistema de prisiones y la judicatura. Se hizo evidente que sería muy difícil abordar los nuevos desafíos del crimen con organizaciones pasadas de moda». VAN DER DONK, Wim B. H. J., «The Transparent Judge», *The Challenge for Judicial Systems*, Editado por Marco FABRI y LANGBROEK, Ph. M., IOS Press, 2000, pg. 240.
152. LANGBROEK, Philip M., «Developing a Public Administration Perspective», *The Challenge for Judicial Systems*, Editado por Marco FABRI y LANGBROEK, Ph. M., IOS Press, 2000, pg. 6.
153. LANGBROEK, Philip, *The organization...*, *op. cit.*, pg. 16. LANGBROEK, al igual que ya hemos descrito al comienzo de este estudio, reflexiona sobre el término *Rechtspraak*, al que califica en varias ocasiones de ambiguo. El término, al que atribuye la referencia a la jurisprudencia, los jueces y los tribunales, se distingue perfectamente del de *Rechterlijke organisatie* –organización judicial– que incluiría también por ejemplo al Minis-

fue óbice para que la doctrina comenzara a cuestionarse la relación entre las garantías constitucionales de la independencia judicial y las responsabilidades de carácter político, derivadas de los aspectos organizativos de las actividades profesionales de los tribunales y los jueces. «Las preguntas que surgieron en ese instante son tan obvias como sorprendentemente difíciles de responder y se centraron en el gobierno de los tribunales, sus servicios técnicos y los jueces, en la forma de organizar su gobierno y la distribución de sus fondos, y desde el punto de vista de la independencia judicial, cómo deben organizarse los jueces, sus servicios técnicos, los tribunales y la organización (poder) judicial en su conjunto»¹⁵⁴.

Como afirma llanamente BESSELINK, entre los principales motivos de la reforma, estuvo siempre la problemática general de facilitar la administración de los tribunales. Como subraya dicho autor, desde el punto de vista constitucional existía la preocupación en la antigua legislación de mantener la administración de los tribunales de modo que el ejecutivo no pudiera intervenir en los tribunales de justicia a través de dicha organización, hallándose, sin embargo, esta relación sujeta a acuerdos no verdaderamente formales. Y se consideró que una nueva construcción, con un Consejo del Poder Judicial, del que hasta entonces se carecía, podría clarificar esta relación a la par que hiciera frente a dicha necesidad: «por un lado introducir la cuestión de la administración de los tribunales, y por otro lado, no eliminar la estricta separación entre el ejecutivo y los tribunales»¹⁵⁵. Y la doctrina y la clase política, no tanto los jueces, afirmaron con rotundidad que «una responsabilidad más sistemática y externa sobre la calidad de la administración de justicia [por parte del poder judicial] no impide de ningún modo la preservación de la independencia judicial»¹⁵⁶.

La crisis del sistema judicial holandés no fue, por tanto, una crisis de

terio Fiscal. El problema residiría en la falta de distinción de lo que cabría atribuir a la administración (gobierno) del *rechtspraak*, frente a lo que significa el gobierno o administración de la *rechterlijke organisatie*. No siendo problemática esta última y, atribuida tradicionalmente al Ejecutivo en su función general de Administración del Estado, el problema reside en cómo insertar en la Administración el trabajo de jueces y tribunales, para ejercer su control, sin violar su independencia constitucional. Para solucionar el problema terminológico LANGBROEK propone referirse a ello por los términos específicos de «judicial administration» —«judicial refers to judges and the court organization and administration refers to governance»—, aunque tampoco le satisface plenamente. En holandés «bestuur van rechters en gerechten».

154. LANGBROEK, Ph., *The Challenge...*, op. cit., pg. 16.

155. BESSELINK, L.; entrevista personal, mayo 2004.

156. VAN DER DOELEN, FRANS, C. J., «On the Quality...», *The Challenge...*, op. cit., pg. 155. Nos gustaría resaltar la enorme diferencia de planteamiento y posiciones con lo que podría esperarse de Italia y España.

principios jurídicos acerca de su organización judicial dependiente del Ministerio de Justicia, sobre la que nunca recayó sospecha alguna acerca de su falta de independencia por este mero hecho formal.

Aunque parezca paradójico, fue una crisis de mal funcionamiento de la justicia, ante la cual no podían discernirse las responsabilidades políticas, precisamente, porque la clase política realmente no controlaba la administración de jueces y tribunales. Pues bien, cuando la judicatura se sintió amenazada y pidió más dinero para solventar los problemas¹⁵⁷, como es obvio y, en este sentido ha sido resaltado por la doctrina, significó que «el aumento en los presupuestos que demandaron de los políticos con capacidad de decisión, animara la justificación de estos últimos para querer saber todo lo que sucedía con el aparato judicial»¹⁵⁸.

En este sentido, si la decisión sobre qué tipo de organización debe conformar los tribunales está directamente ligada a la opinión acerca de cuanta responsabilidad política deben asumir los tribunales en su gestión administrativa, y si, desde luego, el Estado de derecho reduce esta responsabilidad en un sentido restrictivo, parece inevitable la opción por un modelo de desarrollo de los tribunales como organizaciones independientes que sean capaces de responder a las demandas de la responsabilidad pública¹⁵⁹. En definitiva, se trataba de establecer responsabilidades políticas y públicas por el funcionamiento de la justicia, en el sentido de que si el ejecutivo debía asumir la primera sin inmiscuirse en el gobierno de los jueces y tribunales, deberían éstos asumir la responsabilidad pública por las condiciones organizativas bajo las que se desarrollan los juicios y se resuelven¹⁶⁰.

Se introdujo entonces lo que se ha dado en llamar el «*integral management*» o «*new public management*». De forma sucinta, significa hacer tan responsables por el funcionamiento de los tribunales a los jueces, como lo son en las organizaciones administrativas, los funcionarios públicos¹⁶¹.

157. Situación parecida por cierto a lo que sucede hoy en España. En los primeros meses de 2009 se producen constantes amenazas de huelga por parte de la judicatura.

158. VAN DER DONK, Wim B. H. J., «The...», *The Challenge...*, *op. cit.*, pg. 240.

159. LANGBROEK, Ph., «Reinventing the Least Dangerous Branch of Government», *The Challenge for Judicial Systems*, Editado por MARCO FABRI y LANGBROEK, Ph. M., IOS Press, 2000, pg. 118.

160. La distinción corresponde a LANGBROEK y nos parece bastante útil. En realidad LANGBROEK atribuye ambos tipos de responsabilidad a la judicatura, pero se centra en su responsabilidad pública, que sería aquella que consiste en «inspirar confianza en los jueces y tribunales (y por tanto su legitimación) y en el mantenimiento de la calidad de la organización judicial haciendo público el modo en que estas organizaciones cumplen con sus misiones». Y en todo caso, la responsabilidad pública no incluiría la responsabilidad política ante un órgano representativo. LANGBROEK, Ph., «Reinventing...», *The Challenge...*, *op. cit.*, pg. 118.

161. Con una frase muy coloquial, el propio Consejo del Poder Judicial señala que el «*integral management*» significa que ahora los tribunales «stand firmly on their own

En realidad, la cuestión clave gira constantemente en torno a la responsabilidad política y pública. Si el Ministerio de Justicia pierde el control sobre el poder judicial, resulta necesario crear mecanismos capaces de medir la responsabilidad pública del mismo, a fin de que el Ministro de Justicia pueda seguir asumiendo la correspondiente responsabilidad política.

Toda esta reforma se escalonó en cuatro procesos perfectamente diferenciados:

- Primera fase desarrollada a lo largo de 1988 a 1994, que supuso la descentralización de las responsabilidades administrativas, hasta entonces residenciadas en el Ministerio de Justicia, junto a la introducción de los mecanismos de «*planning and control*» –planificación y control– entre los tribunales y el Ministerio.
- Segunda fase, de 1994 a 1998, que corresponde a la etapa del llamado «*Comité Donner*» que se ocupó, precisamente, de la reforma del Ministerio Público. Esta etapa finaliza con la modificación de la ley sobre la organización judicial (RO) en 1999 y el establecimiento del Ministerio Fiscal actual.
- Tercera fase (1994-1998), en la que apenas con unos meses de diferencia se establece el «*Comité Hoekstra*» seguido después por el «*Comité Leemhuis*» encargados de la introducción del «*integral management*». La recomendación más relevante de esta fase es, sin duda, la de la necesidad de establecer un Consejo del Poder Judicial.
- Cuarta fase desarrollada a lo largo de 1998 a 2002 referida a la etapa del «*Reinforcement of the Judicial Organization Project*» (PvRO son su siglas en holandés) encargado de llevar a cabo las reformas legislativas necesarias y la implementación de las recomendaciones aceptadas de los Comités. El proceso finaliza con la creación de un Consejo del Poder Judicial (2002).

La reforma fue por tanto un proceso largo, lleno de pruebas y experimentos, de implementación paulatina, muy debatido¹⁶². Por tanto, atendiendo a la necesidad de una profunda mejora en la administración de jueces y tribunales y a la de establecer mecanismos de responsabilidad pública y política, manteniendo en todo caso la garantía constitucional de la independencia judicial, parecía justificado por la doctrina que, de acuerdo con las tendencias centralizadoras de la responsabilidad política, se introdujera un

two feet» (funcionan por sí mismos). THE COUNCIL OF THE JUDICIARY, «Judiciary system in the Netherlands», febrero 2005. Puede encontrarse en www.rechtspraak.nl

162. Vid. BROMMET, Edo C. y CLEIREN, Chr. P. M., «Managing...», *The Challenge...*, *op. cit.*, que hacen un recorrido por todas estas fases.

Consejo del Poder Judicial responsable. En sentido, subrayaba LANGBROEK que los tribunales «pueden ser responsables públicamente, la cuestión es como la posición del Consejo puede influir en los tribunales en la línea de la responsabilidad política»¹⁶³.

Efectivamente, toda la doctrina estuvo de acuerdo en la necesidad de introducir un «parachoques» entre el Ministro de Justicia, responsable políticamente de los presupuestos destinados a la justicia y la judicatura independiente que, en lo que se refiere a la disposición recursos humanos y técnicos, tiene la última palabra¹⁶⁴. En realidad, se trataba de establecer un mecanismo para canalizar la requerida responsabilidad pública de los tribunales en el desarrollo, no tanto de sus funciones jurisdiccionales, sino en las de gestión («*management*») de sus juzgados.

1.3.2. *El Consejo del Poder Judicial*

El nuevo Consejo del Poder Judicial holandés («*Raad vor de rechtspraak*» en adelante RVDR) entró en vigor el 1 de enero de 2002. Está regulado en la RO (2002)¹⁶⁵ y está dotado de su propio Estatuto («*Wet Rvdr*»), con diversas remisiones a la RO en cuestión de competencias (art. 84. RO especialmente)¹⁶⁶.

Desde el punto de vista constitucional, y tal y como reconoce el propio Consejo, no es un órgano de Estado, ni forma parte del ejecutivo¹⁶⁷. La exposición de motivos de la ley lo encuadra como un órgano más del poder judicial, «*sin tareas judiciales*».

Tanto es así, que la doctrina subraya que aunque el Consejo tenga pode-

163. LANGBROEK, Ph., *The organization...*, *op. cit.*, pg. 118.

164. La similitud con el «parachoques» ha sido utilizada entre otros, por BRUINSMA, BESSELINK, L., VAN DE DONK o LANGBROEK. Por ejemplo LANGBROEK afirma: «El Consejo tendrá una posición especial entre la política y la judicatura. Desde esta posición podrá, por un lado, amortiguar las críticas políticas y sociales sobre los tribunales, y por el otro, el Consejo podrá tomar las riendas para llevar más lejos el desarrollo organizativo de los tribunales y el poder judicial en general». LANGBROEK, Ph., *The organisation...*, *op. cit.*, pg. 20.

165. La RO recordamos que es la «*Wet op Rechterlijke Organisatie*» (Ley de la Organización Judicial). Cabe llamar la atención sobre una cuestión también mencionada antes, pero que conviene recordar. El encabezamiento de la ley, así como su sanción, sigue siendo el de la Ley de 1827. Quiere esto decir que se considera que la ley ha sido siempre reformada pero nunca derogada, por mucho que las reformas hayan sido sustanciales. La reforma del Ministerio Fiscal se introdujo en 1999 y la de la Magistratura en el 2002.

166. Es una ley de apenas doce artículos y donde los cuatro primeros contienen remisiones directas a otras leyes.

167. «*nor may it be referred to as a High Institution of State*» son exactamente sus palabras en inglés, después de afirmar que no forma parte del Ejecutivo. THE COUNCIL OF..., «Judiciary...», *op. cit.*, pg. 2.

res formales a su disposición, la relación entre éste y los tribunales no debe verse como una relación jerárquica, sino que el Consejo debe marcarse por si mismo el objetivo primario de ayudar a los tribunales en sus tareas. Y asimismo se afirma que el Consejo es fundamentalmente un órgano «*de y para*» los tribunales, subrayándose asimismo que, entre los poderes a los que se refiere el texto, se encuentra la posibilidad de dictar resoluciones vinculantes de carácter general en lo que se refiere a política operativa, «aunque prefiera no tener que ejercitarlos»¹⁶⁸.

La característica fundamental de este Consejo es que su principal misión pivota sobre la cuestión presupuestaria de la justicia. El Consejo tiene competencias en la preparación y ejecución del presupuesto y, por tanto, la responsabilidad sobre su ejercicio. El Consejo alienta y supervisa el desarrollo de toda la política operativa del día a día de los tribunales y tiene competencias específicas en materia de recursos humanos, recursos inmobiliarios y tecnológicos y relaciones externas. Por tanto, es tanto un órgano de apoyo a los tribunales como un órgano que sirve de estímulo para el desarrollo de políticas administrativas¹⁶⁹.

Esta doble función la realiza el Consejo a través de sus reuniones periódicas con las «*Court Boards*» –Salas de gobierno– además de con los presidentes y otras figuras administrativas de los tribunales, pues según la agenda del poder judicial de 2005, su misión «se incrusta en los ciclos de planificación y presentación de informes sobre agendas anuales, informes de progreso (cada cuatro meses) e informes anuales finales. El Consejo es responsable de la Agenda anual y de una Memoria anual sobre el Sistema Judicial en Holanda»¹⁷⁰.

En cuanto a su relación con el ejecutivo, el Consejo, tal y como se menciona en todos los análisis, es «responsable ante el Ministro de Justicia del gasto presupuestario». Y en este sentido, los cinco miembros que forman parte del Consejo, son nombrados por el Ministro de Justicia. Salvo causas

168. THE COUNCIL OF..., «Judiciary...», *op. cit.*, pg. 1.

169. En este sentido, expresa su misión muy claramente el art. 29 RO: «1. *With due observance of the regulations, meant in article 97, first paragraph, the Council annually grants a general budget to every court, chargeable to the National Budget. The Council can attach conditions to the granting of the budget.* 2. *In addition to the general budget the Council can issue financial means for specifically described activities which are directed at the improvement of the organisation or the working methods of the courts or the court involved. The second full sentence of the first paragraph is applicable by analogy.*». Mediante solicitud formulada al respecto, la versión traducida del holandés al inglés de todos los artículos que se mencionan de esta ley, la realizó el servicio de traducción de la Universidad de Utrecht. No es por tanto una traducción oficial –que no existe–, aunque sí fidedigna y correcta. Nos abstenemos de traducir el texto al castellano para no deformarlo más.

170. «The council of Judiciary...», *op. cit.*, pg. 12.

tasadas, no pueden ser destituidos; pero sí son reelegibles. De entre ellos, tres, incluyendo su Presidente, deben pertenecer al poder judicial, y todos ellos deben reunir determinados requisitos para su nombramiento (temporales, acreditación de méritos).

Nos encontramos por tanto ante un órgano regulado y diseñado a la manera típica holandesa. No existen definiciones ni principios jurídicos que definan su naturaleza o expliquen su posición institucional, tampoco se establece una regulación extensa y detallada sobre sus relaciones institucionales y éste queda definido por sus competencias y funciones. Mediante su análisis, puede descartarse que el Consejo deba definirse a la manera clásica de otros consejos, esto es, como órgano de gobierno del poder judicial. Es más bien el órgano administrativo por excelencia del poder judicial, un ámbito –sobre todo– de supervisión y planificación, además de actuar como órgano de contacto entre el poder judicial y los demás poderes, en especial con el ejecutivo; todo ello le dota de una innegable carga política. Este tipo de Consejo, en comparación con Italia o España, se asemeja más en realidad a un organismo autónomo de gestión que a un órgano constitucional de gobierno de los jueces, como son el Consejo General del Poder Judicial español (CGPJ) y el Consejo Superior de la Magistratura (CSM) italiano.

Como se encarga de resaltar el propio Consejo en el caso holandés, las relaciones con los tribunales y los miembros de la judicatura no son de mandato, al modo de superiores jerárquicos administrativos, sino más bien de reunión y planificación; lo que sin duda significa en gran medida, negociar y no someter a derecho y a órdenes. Y en lo que se refiere al ejecutivo, su relación es claramente política pues en realidad, «el Consejo del Poder Judicial es parte del sistema judicial, pero no administra justicia. Ha asumido la responsabilidad de determinadas misiones que le han sido atribuidas por el Ministro de Justicia. Estas tareas son de naturaleza operativa...»¹⁷¹. Y ante dicho poder gubernamental es responsable de su ejecución. No obstante,

171. «The council of judiciary...», *op. cit.*, pg. 4. Conviene citar el texto original en inglés: «*The Council of the Judiciary is part of the judiciary system, but does not administer justice itself. It has taken over responsibility for a number of tasks from the Minister of Justice. These tasks are operational in nature...*». Hemos de llamar la atención sobre la expresión «*part of the judiciary system*», ciertamente significativa. Podría el Consejo haberse situado simplemente dentro del Poder judicial, pero se prefiere resaltar su papel dentro de un sistema judicial que incluya su relación con el Gobierno y el papel institucional del Poder Judicial y su responsabilidad dentro del Estado y no tanto, el estatus funcional y la posición institucional de sus miembros, desde la consideración de su pertenencia al Poder Judicial. En cuanto a la expresión «*operational in nature*», deja claro que la función es ejecutiva, operativa, y no de carácter regulador y fiscalizador.

tal y como están establecidas las relaciones institucionales –nombramientos, reuniones, competencias– entre ambos, la responsabilidad, su relación, está basada fundamentalmente en la confianza política entre ambos órganos¹⁷².

Confianza y relación de la que será testigo el parlamento, pues el Consejo es el órgano consultivo, tanto del Gobierno como del Parlamento, en materia de legislación y de establecimiento de políticas («*policy statements*») a desarrollar para la administración de justicia. Función que además realiza, en continua consulta con las Salas de Gobierno de los Tribunales.

A nuestro parecer, el Consejo del Poder Judicial es un órgano eminentemente político, de naturaleza administrativa, encargado de la relación entre el Gobierno y el Poder judicial. El legislador holandés quiso introducir en el poder judicial la responsabilidad administrativa de los tribunales, antes verdaderamente difusa y difícilmente fiscalizable en la ejecución de sus funciones jurisdiccionales. Para no quebrantar las garantías constitucionales de todo poder judicial comprendió que esta misión debía ejercerse desde dentro. El Consejo es el encargado de hacerlo, sustituyendo al Ministerio de Justicia, al poder político, en funciones clásicas antes de su competencia, así como asumiendo otras nuevas. No obstante, el Ministro no ha perdido su responsabilidad política ante el Parlamento, por ello es normal que éste a su vez exija responsabilidad política al Consejo. En realidad, se trata de clarificar y hacer pública la responsabilidad de cada órgano sobre el funcionamiento de la administración de justicia. De este modo se persigue, por una parte, clarificar la relación entre la «*Trias*» Política, al tiempo que se potencia el ejercicio de las responsabilidades del Poder Judicial en el ámbito de la gestión concreta y, por otra mejorar la independencia, calidad y eficacia de la administración de justicia. Ésta es además la opinión dominante en la doctrina actual¹⁷³.

Bien es cierto que el poder judicial, debido sobre todo a la creación del Consejo, ha quedado constituido en una organización menos abierta en sus contactos con el Gobierno, más cerrada en sí misma y más autogobernada.

172. Y si bien el cese por cuestiones políticas no está previsto, sí es habitual en la política holandesa y se considera dentro del «juego» político normalizado –igual que sucede por ejemplo en el Consejo Fiscal– que las desavenencias entre ambos órganos lleven a la dimisión por razones políticas de alguno de sus miembros.

173. BROMMET y CLEIREN, «Managing...», *The Challenge...*, *op. cit.*, pg. 82. Y en este sentido se pronuncian todos los autores mencionados en este apartado; o cuanto menos, se considera que «la independencia judicial no puede ser una defensa en contra de la responsabilidad judicial ni una excusa para detener ninguna innovación en la administración, incluida la recepción de gestores profesionales dentro del sistema judicial». FABRI, Marco, «Selected Issues of Judicial Administration in a Comparative Perspective», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK. IOS Press, 2000.

Pero no cabe duda de que la introducción de nuevas funciones y, básicamente, aquellas que tienen que ver con una cuestión tan política como es el gasto público, configuran un poder judicial más responsable y más vinculado al escenario político, que, en gran medida se dilucida, precisamente, en discusiones presupuestarias. Cabe preguntarse si con ello adquiere una mayor independencia y, si al identificarse esta nueva canalización de su responsabilidad, introduciéndolo en la discusión política, se incrementarán las tensiones propias de la discusión política dentro de la judicatura.

Otras funciones que reúne este Consejo, más comunes, son las que se refieren al reclutamiento, selección y formación del personal judicial. Tarea que se ejerce en consulta directa con las salas de gobierno de los tribunales y que tiene también, como señala el propio Consejo, «*a significant say*» (opinión relevante) en el nombramiento de los miembros de las salas de gobierno. Por último «en lo que concierne a su responsabilidad sobre la justicia, ésta incluye promover la aplicación uniforme de la ley y la mejora de la calidad judicial...». En cualquier caso y, como es lógico, «no tiene ninguna competencia jurisdiccional, ni poderes coactivos en esta materia».

Respecto a su organización, posee una Secretaría General como máximo órgano de la Oficina del Consejo «*Council Bureau*», dotada de cinco departamentos: Gabinete y Servicio de Información; Estrategia y Desarrollo; Gestión; Asuntos Financieros y Presupuestarios; Operaciones comerciales, Prestación de servicios internos¹⁷⁴. Hay que destacar que el Consejo no posee una Comisión o departamento disciplinario, como sí tiene por ejemplo el CGPJ en España. Aunque ostenta ciertas competencias, no es la máxima autoridad en esta materia; este hecho sirve para apoyar la teoría de que este Consejo no es el órgano de gobierno del poder judicial.

Por último, resaltar asimismo que el Fiscal General del Tribunal Supremo no pertenece al Consejo del Poder Judicial, ni tampoco ningún otro miembro del Ministerio Fiscal, aunque un fiscal pueda ser designado como miembro de dicho Consejo.

1.3.3. *El cambio de la Fiscalía. El Fiscal General del Tribunal Supremo*

Habíamos visto que el art. 117 de la CH establece la figura del Fiscal General del Tribunal Supremo «*procureur-generaal bij de Hoge Raad*». Figura que posee garantías de independencia a través de su nombramiento vitalicio y su estatus de miembro del más alto tribunal, de conformidad con lo estable-

174. En inglés: «*Cabinet and Information Service; Strategy and Development; Management, Budget and Financial Affairs; Business Operations; Internal Facility Services*».

cido en el siguiente artículo 118 de la Constitución holandesa. No obstante, como también habíamos anunciado, esta previsión no establece ninguna referencia al Ministerio Público.

Pues bien, efectivamente ninguna otra conclusión puede inferirse respecto de la nueva regulación que venimos comentando. El Fiscal General del Tribunal Supremo ya no pertenece al Ministerio Fiscal. La gran reforma producida en la década de los años noventa en el sistema judicial holandés, también afectó profundamente al Ministerio Público. De hecho, dicha reforma se realizó antes que la de la magistratura, entrando en vigor la reforma de la RO, en lo que a la fiscalía se refiere, en enero de 2000. Tras la reforma, el Capítulo 3 de la ley se titula expresamente «*De Procureur-generaal bij de Hoge Raad*» arts. 111 a 123; por su parte el «*Openbaar ministerie*» se encuentra regulado en el Capítulo 4, arts. 124 a 145».

La antigua organización del poder judicial configuraba al Ministerio Fiscal como «un órgano acreditado ante los distintos tribunales». En cuanto a lo que nos concierne por el momento, esto significaba que la fiscalía, como organización, reproducía la estructura jerárquica de la jurisdicción. Los Fiscales Generales de los tribunales de apelación podían dirigir órdenes a los fiscales de los juzgados de distrito y de paz (*ex. art. 54 RO y ex. art. 1, 8, 148 Código de Procedimiento Criminal*), y por supuesto, el Fiscal General del TS podía dirigir órdenes tanto a unos como a otros (*ex. art. 53 RO*). En la reforma ocurrida en el Ministerio Fiscal –sobre la que nos extenderemos a lo largo de los próximos capítulos– los objetivos fundamentales no eran otros que los de mejorar «*la cohesión, la consistencia y la calidad*» de la acción del Ministerio Fiscal. Propósitos que podían alcanzarse, en paralelismo a lo que hemos observado para la magistratura, a través de un modelo en el que el Ministerio Fiscal (en adelante OM, «*openbaarministerie*») «quede estructurado como una organización separada y que pueda operar como una unidad»¹⁷⁵.

Dentro de esta nueva organización del OM, no se encuentra la Fiscalía del Tribunal Supremo «*Public Prosecutors Office at the Supreme Court*» que, a su vez, es un órgano independiente y unitario perteneciente al Tribunal Supremo (TS). Así lo define el art. 111 RO, que además establece que el máximo responsable de esta fiscalía será el Fiscal General del TS, quedando ambos, fiscalía y fiscal «*accredited at the Supreme Court*». Garantías de independencia y unidad que se han visto incrementadas en primer lugar por los nuevos arts. 114 y 115 del ya citado Capítulo 4 –sustituyendo al viejo art. 84 párr. 1–, que añaden al nombramiento vitalicio del Fiscal General, el del Fiscal Sustituto y el del Abogado Fiscal del Estado, miembros también de

175. Parliamentary docs 25-392, *op. cit.*, pg. 2.

su fiscalía, además de otras garantías estatutarias que se extienden a estos funcionarios. En segundo lugar, mediante el art. 116 –que sustituye al viejo art. 5a y que elimina ciertas competencias ministeriales– se establece «sin ningún género de duda, que el Fiscal General Sustituto, el Abogado Fiscal del Estado y el Abogado Fiscal del Estado extraordinario están bajo la dirección del Fiscal General»¹⁷⁶. En contrapartida, el fiscal ha perdido su poder jerárquico de dar instrucciones al resto de las fiscalías. El art. 53 RO ha sido derogado. No obstante, el Fiscal General no pierde ninguna de sus competencias clásicas como Fiscal General del Tribunal Supremo (arts. 121-123).

A este supuesto concreto, es decir, al cambio producido en la posición institucional de la Fiscalía del TS y a la interpretación constitucional del art. 117 de la CH, se refería en concreto BESSELINK cuando disertaba sobre el significado de la norma constitucional holandesa. Ahora procede transcribir la cita entera:

«La flexibilidad constitucional es una cuestión, pero también existe una explicación muy literal y limitada de los preceptos constitucionales actuales. Por lo tanto, si no existe ninguna referencia al Ministerio Fiscal como tal, pero existen un precepto o uno y medio sobre el Fiscal General del Tribunal Supremo, entonces debe entenderse que la Constitución se está refiriendo solamente a este instituto y sólo a la situación concreta que ha sido establecida en la Constitución. Hay, en efecto, una tendencia a considerar la Constitución en un sentido muy literal y restrictivo, y ello de nuevo tiene que ver con la práctica: lo que tenemos es precisamente la práctica, y eso es lo que hacemos. Y desde la práctica se desarrolla todo un sistema legal en lo que se refiere al Ministerio Público. Y si, en algún momento, parece que pudiera existir una pequeña diferencia o una falta de conexión con los preceptos constitucionales, pues mala suerte (para la Constitución). Por supuesto, que el precepto constitucional permanece y debe ser aplicado, pero referido únicamente a la situación prevista y no a ideas sobre lo que debe ser la futura arquitectura del Ministerio Fiscal, y a que, obviamente, deba el Fiscal General del TS encabezar el Ministerio Fiscal. Además, de otro modo ¿por qué habría de ser él el encargado de imputar a los ministros y jueces otras funciones de ese tipo?»¹⁷⁷.

Efectivamente, en este último inciso que plantea el profesor BESSELINK,

176. Parliamentary docs 25-393, *op. cit.*, pg. 28.

177. BESSELINK, L.; entrevista personal, mayo 2004. Como se puede inferir, lo que rechazaba BESSELINK era mi sugerencia acerca de si la mención al Fiscal General del TS hacía suponer la existencia de un Ministerio Fiscal inserto en el Poder Judicial, cuyo responsable debía ser obligadamente –precisamente al ser el único miembro con garantías de independencia y el único previsto constitucionalmente– la cabeza del Ministerio Fiscal. En todo caso, por cierto, tal y como había sucedido hasta entonces. Supongo que me costaba aceptar la idea de la total ausencia del MF en la Constitución y por tanto de la garantía que significa dicha previsión constitucional. Retomaremos esta cuestión un poco más tarde.

parece coincidir toda la opinión de la doctrina¹⁷⁸. Y en el propio memorando explicativo de la ley, se afirma que «el desarrollo de la Fiscalía del Fiscal General del Tribunal Supremo en un órgano separado del Ministerio Fiscal (OM actual) puede probablemente explicarse sobre la base fundamental de la misión y poderes especiales del Fiscal General del Tribunal Supremo, su posición independiente, y el poder del Ministro de Justicia de enviar órdenes directas al actual OM»¹⁷⁹.

Ahora bien, el argumento de las competencias del Fiscal General, si las consideramos meramente desde la lista –no exhaustiva– de la RO –ya que no han sido atribuidas constitucionalmente– sino mediante ley, no permite captar en el sentido de la reforma toda su profundidad. Y ello por varias razones:

- En primer lugar, por el rango legal de las propias competencias del Fiscal General. El legislador no estaba obligado a respetar las competencias clásicas del Fiscal General, igual que no estaba obligado a una determinada configuración del MP y por tanto, bien podía no haber supeditado esta última cuestión a la primera. Debe explicarse por qué se opta por mantener las competencias del Fiscal General y apartarle de la cabeza del MP y de la propia institución en lugar de mantener, por ejemplo, su poder jerárquico y aumentar su capacidad de delega-

178. Por ejemplo, SWART se expresa en los siguientes términos: «el Fiscal General del TS y el Fiscal General sustituto se sitúan fuera de la jerarquía del MF, porque una de sus misiones es la persecución de los delitos cometidos por los cargos públicos. Y eso también explica porqué, al igual que los jueces, son nombrados de forma vitalicia» SWART, A. H. J., «The Netherlands», *Criminal Procedures in the Systems of the European Community*, WYNGAERT C. van den., pg. 287.

179. Parliamentary docs 25-392, *op. cit.*, pg. 2. Pero que nadie confunda esta configuración como una medida para intentar controlar la criminalidad gubernativa, lo que fue mi error durante mucho tiempo. Fue el profesor Luc VERHEY, en una serie de entrevistas que tuve la oportunidad de realizarle, quien me lo hizo notar. En toda la exposición de motivos de la RO de 1999, el legislador explica la necesidad de independencia de la Fiscalía del TS en razón de sus especiales funciones. Inculpar a los aforados, dirigir la acusación de los recursos de casación, ambas funciones requieren de la independencia de la Fiscalía tanto de los órganos políticos, como del Consejo, respectivamente. La cuestión es salvaguardar la imparcialidad a la hora de actuar y, por supuesto, está implícita la posibilidad de que sucedan casos de corrupción gubernativa y también –por causa de ellos– se asume esta estructura. Pero no fue previsto, en ningún caso, como solución a problemas de la criminalidad gubernativa o como consecuencia de influencias corporativistas del Ministerio Fiscal o del mismo Consejo. Porque conviene hacer notar que, desde que Holanda recupera su democracia después del final de la Segunda Guerra mundial, sólo han estado imputados por casos de corrupción tres altos cargos pertenecientes al Gobierno y a la Administración. En realidad dos, pues en uno de ellos, el imputado fue el Rey Consorte. Se puede concluir que casi no existe corrupción política en Holanda. Al menos esa es la opinión mayoritaria de la doctrina. Como ya se ha mencionado, Luc VERHEY es Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Maastricht. Fue además miembro del Departamento Legislativo del Ministerio de Justicia durante los años 93-2000. Está considerado uno de los «padres» de la Ley de la Organización Judicial de 1999.

ción de competencias. Máxime cuando constitucionalmente, no se puede afirmar que el Fiscal General tenga atribuida ni siquiera la función clásica de perseguir los delitos gubernativos. El art. 119 de la CH¹⁸⁰ establece el aforamiento de los parlamentarios y altos cargos del Gobierno, con una previsión clásica que hace referencia a que deberán ser «juzgados» ante el TS. Pues bien, nada impide en una interpretación «restrictiva y literal» del artículo, considerar que el legislador podría establecer una Fiscalía especial anticorrupción que tuviera un fiscal especial, adscrito al TS, encargado de la persecución de estos delitos¹⁸¹.

- En segundo lugar, porque las competencias apenas se han visto modificadas y el Fiscal General las lleva ejerciendo, dentro de la misma estructura, desde hace ya tiempo. Cabe, por tanto, afirmar que, por sí solas, no justifican el cambio operado en la Fiscalía del TS. Lo que se ha producido es un cambio total en la estructura del Ministerio Fiscal que hace más racional –siempre según los propósitos de la reforma– su nueva ubicación. Pero lo analizaremos más detalladamente cuando abordemos sistemáticamente esa reforma global.
- En tercer lugar, porque el art. 111.3, «en busca de claridad» establece que el Fiscal General actúa como «*Public Prosecutions Department*» en el supuesto de que el Tribunal Supremo actúe en primera instancia. Esto es, en casos criminales cometidos por altos funcionarios en el ejercicio de sus cargos, en casos de extradición y en determinados casos civiles¹⁸². Establece además que se considera como tal en el sentido del art. 125¹⁸³. Artículo que sustituye al antiguo artículo 3, que incluía al Fiscal General del TS como uno de los miembros del MP encargados de ejercitar las funciones encomendadas a la institución y que ahora ha eliminado su referencia, permaneciendo las demás (fiscales genera-

180. Art. 119 CH: «Los miembros de los Estados Generales, los Ministerios y los Secretarios de Estado serán juzgados ante el Tribunal Supremo por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, aunque hubieran cesado en las mismas. Las órdenes para proceder se realizarán mediante Real Decreto o por resolución de la Segunda Cámara».

181. Por supuesto ésta no es la interpretación constitucional de la doctrina holandesa, que considero cambia su criterio interpretativo según que cuestiones. Suele ser sistemático e integral cuando se trata de delimitar competencias, pero restrictivo y literal a la hora de adoptar criterios organizativos.

182. Parliamentary doc. 25-392, *op. cit.*, pg. 26.

183. Art. 125 RO: «Las funciones y las responsabilidades del ministerio público serán ejercidas, en el modo en que establezcan las leyes, por:
a) el Consejo de Fiscales Generales;
b) los fiscales, los Fiscales Sustitutos, los oficiales de los juzgados unipersonales, los oficiales sustitutos de los juzgados unipersonales;
c) los abogados del estado, los abogados del estado sustitutos».

les, fiscales de sala, sustitutos etc.). Dado que la fiscalía del TS no pertenece al MP, queda claro que no puede estar incluido en el art. 125. El recurso legislativo utilizado de remisión al artículo es típico en la regulación de excepciones. Cabe preguntarse entonces, dónde queda el argumento de las especiales competencias si una de las cuales, una importante y característica, se ejerce aún en nombre del MP y asimismo preguntarnos acerca de la pretensión del legislador. El artículo no introduce precisamente claridad. O no es nítido, al menos, desde el punto de vista orgánico del MP.

A nuestro juicio, la claridad a la que se refiere el legislador se revela precisamente negando la posibilidad que hemos sugerido sobre la existencia de un fiscal «especial»; asegurando que el Fiscal General del TS, por mucho que haya cambiado su posición institucional, sigue siendo el mismo Fiscal General del TS previsto en la Constitución holandesa, en la antigua RO y en el Código de procedimiento criminal. En efecto, la reforma del MF no ha afectado a la configuración clásica del Fiscal General y de la Fiscalía del TS en cuanto a órgano adscrito a un tribunal. Ha sido la reorganización del nuevo MF, ahora sin fiscalía en el TS, la que ha roto la relación *vis a vis* que tenían las fiscalías con los tribunales. Tendremos ocasión de precisarlo un poco más adelante. Por ahora conviene recordar que el fiscal ha perdido su relación jerárquica dentro del MP, pero ha mantenido sus competencias y su configuración clásicas. Y en ese sentido, el respeto constitucional ha sido bastante riguroso pues, en su adscripción al TS, no ha visto menguadas sus competencias, ni se ha previsto ninguna nueva figura que desconcentrara su poder. Al contrario, se ha potenciado el estatus de independencia de los miembros de su fiscalía, que contribuye a lo que, según la doctrina, constituye la cuestión constitucional fundamental: la independencia del Fiscal General del TS. Independencia no sólo del poder político, ahora también del propio MP.

A nuestro modo de ver, aquí se denota la relevancia que, en el pensamiento jurídico holandés, se otorga a las configuraciones institucionales a través de las competencias o funciones, en contraposición a las definiciones de concepto.

Por último, en realidad, el Fiscal General del Estado tampoco ha perdido toda relación con el MF y las demás fiscalías. Como afirma el art. 121 RO el Fiscal General del TS continúa teniendo la misión de «mediar y observar» las relaciones entre los tribunales de apelación y sus fiscalías, que de vez en cuando, «dejan mucho que desear». El artículo 122 RO establece la obligación del Consejo de Fiscales Generales de proveer al Fiscal General del TS con toda la información que le solicite; y, a su vez, el art. 143 establece la

obligación general de los funcionarios de justicia de informar al Fiscal General del TS de los temas requeridos. Tal y como sostiene el propio memorando de la ley, «es deseable que el Fiscal General del TS pueda seguir cumpliendo un papel respecto al MF... El Fiscal General y su Fiscalía forman una unidad independiente con misiones y poderes especiales. Pero en el cumplimiento de sus tareas, puede presentarse la ocasión en que tenga que recurrir a la ayuda del MF... Es correcto asumir que existe una buena relación consultiva entre el Fiscal General del TS y el Consejo de Fiscales Generales, en lo que se refiere a cómo se va a prestar la ayuda requerida»¹⁸⁴.

Además, el Fiscal General continúa manteniendo aún ciertas competencias formales dentro del MF; firma de sentencias o emisión de informe preceptivo para determinados nombramientos del art. 4 RO –aquellos bajo la forma de Real Decreto– por ejemplo.

2. LOS NUMEROSOS LÍMITES DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1948

Si comparamos la Constitución italiana con la holandesa, la diferencia más notable se refiere al establecimiento de una justicia constitucional. Su artículo 134¹⁸⁵ reconoce el poder de la Corte Constitucional para revisar la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley y para conocer de los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, entre el Estado y las Regiones y de éstas entre sí. Y, desde luego, es absolutamente innegable la aportación de la Corte Constitucional a la configuración actual del Estado de derecho italiano¹⁸⁶. También se reconocen el derecho de acceso a la justicia (art. 24); el derecho a un juez predeterminado por la ley (art. 25); la responsabilidad de los funcionarios (art. 28), recogiendo profusamente los principios del «giusto proceso» (art. 111)¹⁸⁷; junto a los principios

184. Parliamentary Doc 25-392; op. cit., pgs. 28 y 29.

185. Art. 134: *El Tribunal Constitucional juzgará sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones; sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí; sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República, conforme a las normas de la Constitución.*

186. PANIZZIA SAULE, G., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo in Italia*, G. Giappichelli editor, Torino, 1998.

187. Frente a la parquedad holandesa, la Constitución Italiana garantiza dentro del principio del justo proceso, otros muchos principios y garantías procesales más concretas. Artículo 111:

«La jurisdicción se administrará mediante un juicio justo regulado por la ley.

Todo juicio se desarrollará mediante confrontación entre las partes, en condiciones de igualdad ante un juez ajeno e imparcial, y con una duración razonable garantizada por la ley.

Durante el juicio penal, la ley garantizará que la persona acusada de un delito sea informada, lo antes posible, con carácter reservado sobre la naturaleza y los motivos de la acusación contra su persona; que disponga del tiempo y de las condiciones necesarias para preparar su defensa; que tenga la facultad, ante el juez, de interrogar o de hacer que se interroge a aquellas

de eficacia e imparcialidad de la Administración (art. 97) y la protección jurisdiccional de los derechos de los ciudadanos contra todos sus actos (art. 113). El Título dedicado a la Magistratura es además extenso y prolijo en grandes definiciones ontológicas y de carácter institucional: los jueces sólo estarán sometidos a la ley (art. 111); la Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder (art. 104); los magistrados se distinguirán entre sí únicamente por la diversidad de funciones (art. 107); se establece la obligación de ejercer la acción penal (art. 112). Desde esta perspectiva, nociones y principios como la de «*belied*», las «*beliedregels*», el «*informal rule of law*» y ciertas motivaciones jurídico-culturales, quedan excluidas.

Por tanto, la regulación constitucional de la Magistratura y el Ministerio Fiscal italiano se sitúa lejos del pragmatismo holandés, y está claramente «inspirada por la concepción iluminista y garantista de la división de poderes propia del Estado liberal ochentesco. Esta inspiración era alimentada a su vez por la exigencia, más claramente política, de imponer un sistema que mostrara una reacción decidida a lo ocurrido durante el período fascista, mediante el establecimiento del vínculo entre magistratura y poder político»¹⁸⁸. Y lo cierto es que, gracias a la deriva de esa regulación, la magistratura italiana es prácticamente hoy en día la magistratura más independiente y autónoma de la Europa continental¹⁸⁹. No obstante, si bien la independen-

personas que declaran contra él; que obtenga la convocatoria y el interrogatorio de personas en su defensa en las mismas condiciones que la acusación y que se obtenga cualquier otro tipo de prueba en su favor; y que le asista un intérprete de no entender o hablar la lengua utilizada durante el juicio.

El juicio penal estará regulado por el principio contradictorio para la práctica de las pruebas. No se podrá fundar la culpabilidad del acusado en declaraciones hechas por personas que, por libre decisión, no hayan querido ser interrogadas por parte del acusado o de su defensor.

La ley regulará aquellos casos en los que la práctica de las pruebas no tenga lugar mediante una confrontación por consenso del imputado, por imposibilidad demostrada de carácter objetivo o bien por efecto de una conducta manifestamente ilícita.

Todas las decisiones judiciales deberán ir motivadas.

Contra las sentencias y contra los autos en materia de libertad personal, pronunciados por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales se dará siempre recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley.

Esta norma no admitirá más excepción que las sentencias de los tribunales militares en tiempo de guerra.

Contra las resoluciones del Consejo de Estado o del Tribunal de Cuentas se dará recurso de casación únicamente por los motivos inherentes a la jurisdicción».

188. NEPPI MODONA, Guido, *Stato della Costituzione*, Il Saggiatore, 1998, pg. 427.

189. GUARNIERI constata la disminución en toda Europa de la influencia del gobierno y el poder legislativo sobre la magistratura, reforzando notablemente su independencia en los últimos años. No obstante, según su opinión, en ningún otro caso ha llegado tan lejos como en el caso italiano. Señala de hecho, que para encontrar una magistratura con tantas garantías de independencia hay que buscarla en Irán, un régimen no dotado, precisamente, de cualidades democráticas. GUARNIERI, C., *Giustizia...*, *op. cit.*, pgs. 170, 171 y 192.

cia era un valor compartido por toda la Asamblea Constituyente italiana, en cuanto se trató de concretar dicho principio en el texto constitucional «emergieron posiciones culturales, jurídicas y políticas muy diferentes, incluso, en el interior de los partidos»¹⁹⁰. Aunque prevaleció, sin duda, una determinada concepción ganadora¹⁹¹.

La Constitución Italiana dedica su título IV a «La Magistratura» con dos secciones: la primera titulada «Ordenamiento jurisdiccional» (arts. 101 a 110) y la segunda titulada «Normas sobre la jurisdicción» (arts. 111 a 113). No obstante, ya desde el primer artículo constitucional puede observarse esa necesidad de apartarse del régimen anterior y la búsqueda de independencia: art. 1: «*La justicia se administra en nombre del pueblo. Los jueces únicamente estarán sometidos a la ley*».

Parafraseando y apartándose radicalmente a su vez de la clásica formulación del constitucionalismo del siglo XIX –la justicia se administra en nombre del rey o en nombre del Estado o la Nación¹⁹²– se establece bajo este precepto una doble relación indisoluble: soberanía popular-justicia; principio de legalidad, supremacía de la ley-independencia. En el debate constitucional para dotar de contenido a estos binomios, las diversas posturas planteadas recorrieron un amplísimo eje, como analizaremos a continuación.

El Partido Liberal italiano, reafirmando el principio de supremacía de la ley y realizando una concepción técnico-burocrática de la magistratura, sostenía la naturaleza apolítica, neutral e imparcial de la actividad jurisdiccional, llevando al extremo su independencia al abogar por la desaparición del Ministerio de Justicia, la extensión de sus garantías al Ministerio Público y la exclusión de toda participación lega en la justicia, con un órgano de gobierno compuesto exclusivamente por magistrados.

La izquierda, por su parte, consideraba que la democracia parlamentaria, sustentada en la soberanía popular y la centralidad del parlamento, no podía expresarse en una magistratura exenta de control político de naturaleza popular y sin ligazón alguna con la realidad política y social del país. Evidentemente, desde estos planteamientos de democracia política, las posturas oscilaban entre la activa participación del Ministro de Justicia en la supervisión de la magistratura (PSI) y la participación directa del pueblo en la

190. NEPPI MODONA, G., *Lo Stato...*, op. cit., pg. 429.

191. Para seguir los debates de la constituyente dos buenas obras son: CAMERA DEI DIPUTATI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'assemblea Costituente*, AA VV, I-VII, Roma rist. 1976, D'ALESSIO, G. (coord.), *Alle origini della Costituzione*, Il Mulino, Bolonia, 1979.

192. «*La justicia se administra en nombre del Estado*» estipulaba la Constitución republicana española de 1931, en su artículo 97, en clara sustitución de la anterior alusión al Rey, pero manteniendo aún alejada de la justicia la idea de la soberanía popular.

administración de justicia mediante algún tipo de sufragio pasivo o la atribución de funciones jurisdiccionales a miembros legos que permitieran interpretaciones judiciales de la ley, en respuesta a las aspiraciones y necesidades de la masa popular (Comunistas)¹⁹³.

Por último, la posición intermedia, representada por el «*Partito d'Azione*» y la Democracia Cristiana mantenía, en líneas generales, una idea tradicional del principio de supremacía de la ley y de la seguridad jurídica, contraria a la mayoría de las propuestas que pretendían una participación de miembros de extracción política en la judicatura. No obstante, retenían la idea de una necesaria relación de la magistratura, no tanto con el pueblo, sino con los otros poderes, dada su legitimidad política más directa. La propuesta fallida del diputado Pietro Calamandrei, planteaba la elección –por el Presidente de la República y a propuesta del Parlamento– de un «*Procuratore Generale Commissario della Repubblica*» como órgano de relación entre poderes¹⁹⁴, pretendiendo evitar así la politización del órgano de gobierno de la magistratura. Finalmente, una de las propuestas que acabaron plasmándose fue la sostenida por un sector de la Democracia Cristiana, entre otros por Moro, de introducir jueces legos, de elección parlamentaria, en el órgano de gobierno de la magistratura.

Mostrando el balance del resultado final alcanzado, se puede afirmar que las normas que han dado contenido al anhelo inicial de independencia de la magistratura, delinear un sistema orgánico conscientemente inspirado en el objetivo prioritario de garantizar la efectiva autonomía del orden judicial¹⁹⁵. Y no son precisamente fruto de un compromiso entre las distintas concepciones y posiciones de la Asamblea. El contenido de la soberanía popular del artículo 1 de la Constitución italiana, queda reducido, precisamente, al significado de su otro apartado, la sujeción estricta del juez a la ley emanada del Parlamento. Lo confirman perfectamente los siguientes artícu-

193. Planteamiento heredado de los revolucionarios franceses y defendido por ejemplo por TOCQUEVILLE en *La Democracia en América*. Cabe citar institutos como el «*Référé Legislatif*» (Constitución de 1791) o la «*Chambre d'accusation*» para articular la participación popular en la administración de justicia, que han sido utilizados como caballo de batalla para los partidos de izquierdas en los debates correspondientes a los períodos constituyentes de las democracias de nuestro entorno.

194. O lo que es lo mismo, planteaba el peculiar modelo de un Ministerio Público ligado al Parlamento, de frecuente teorización pero de escasísima positivación en los ordenamientos jurídicos.

195. Como destaca la doctrina, «para verificar esta afirmación, basta pensar que el sistema normativo de la Constitución ha permitido a la Magistratura, y en especial a partir de los años 70, desarrollar un papel particularmente fuerte e incisivo en el control y represión de la ilegalidad, frente a miembros de la clase política y de los aparatos institucionales» NEPPI MODONA, G., *Lo Stato...*, *op. cit.*, pg. 432. Y en general para toda esta breve exposición, pgs. 429-431.

los de la norma fundamental italiana. El art. 106¹⁹⁶, continúa la larga tradición de la magistratura burocrática, según la cual el ingreso en la magistratura se produce a través de concurso, para después proseguir una larga carrera. Si bien podía esperarse una conclusión distinta de la redacción del artículo, lo cierto es que el legislador nunca dio continuidad a la previsión constitucional, y el filtro del nombramiento por parte del Consejo Superior de la Magistratura (en adelante CSM) parece haber sido suficiente para que la magistratura se muestre como «un cuerpo herméticamente cerrado»¹⁹⁷. Hay que esperar hasta el año 1999 para encontrar un solo nombramiento de alguien externo a la carrera¹⁹⁸.

Por su parte, el art. 104 CI afirma tajantemente que «*La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder*».

2.1. Las garantías constitucionales de la Magistratura italiana

Como habíamos insinuado, lo primero acerca de lo que debe llamarse la atención, es que las garantías de la magistratura se han visto posteriormente incrementadas. No es que se haya modificado la redacción constitucional, pero una serie de factores han contribuido a su reforzamiento, hasta el punto de que muchos autores, hoy en día, aboguen sin concesiones por un «retroceso» de las garantías y un aumento de la responsabilidad de la Magistratura¹⁹⁹.

Tendremos ocasión de observar que una pieza fundamental a modificar, siguiendo esta concepción, es el propio Ministerio Fiscal; no en vano, el fiscal italiano es un magistrado, totalmente equiparado a los jueces, de ahí que proceda centrarnos ahora en esta cuestión. La creación del CSM (Consejo Superior de la Magistratura) en 1959 y sus posteriores decisiones; los cambios producidos en su régimen electoral, la jurisprudencia favorable de la «Corte

196. Art. 106 CI «*Los nombramientos de los magistrados se harán por oposición. La ley orgánica judicial podrá admitir la designación, incluso mediante elección, de magistrados honorarios para todas las funciones que se confíen a jueces individuales.*

Podrán ser designados para el cargo de vocal del Tribunal Supremo por méritos especiales, previa designación del Consejo Superior de la Magistratura, catedráticos titulares de Universidad en disciplinas jurídicas y abogados que tengan quince años de ejercicio y estén inscritos en los registros especiales correspondientes a las jurisdicciones superiores.

197. GUARNIERI, C., *Giustizia...*, op. cit., pg. 90.

198. La primera ley que desarrolló la previsión constitucional fue la de 5 de agosto de 1998, n. 303, que establece como máximo un 10 por ciento de plazas «externas» para el conjunto del Tribunal Supremo. El nombramiento lo realiza el Presidente de la República a propuesta del CSM. No obstante, la ley que prevé jueces honorarios como jueces de paz es del 21 de noviembre 1991, n. 374. El nombramiento lo realiza el CSM.

199. Por ejemplo, GUARNIERI, para quien, sin duda, la relación entre el poder político y la magistratura debe cambiar. GUARNIERI, C., *Giustizia...*, op. cit.

Costituzionale» (en adelante CC) a los intereses de la Magistratura; la división de la Magistratura en distintas asociaciones de marcado carácter político (acaecida en los años sesenta); el cambio de posición doctrinal acerca de la función del juez (años setenta); la crisis de los partidos políticos y sus escándalos conexos (años ochenta); la reacción de la magistratura y la operación «*Mani Pulite*» (durante los años noventa) y, finalmente, la nueva política bipolar y la propia crisis de legitimidad política de la Magistratura, han ido modificando, perfilando, el sistema garantías de dicha institución en Italia.

En este apartado, procede realizar una exposición sobre la situación actual de la magistratura italiana, lo que incluye al Ministerio Público, fundamentalmente de la mano de la jurisprudencia de la CC que, a la postre, es lo que ha adquirido mayor valor jurídico²⁰⁰.

Una cuestión previa que no nos resistimos a pasar por alto –dado que lo que se pretende en esta investigación es realizar una tesis comparativa que se enfrenta al análisis comprensivo de la terminología jurídica utilizada en cuatro idiomas– se refiere al uso del la expresión «orden autónomo e independiente» y no el término poder. Como se señalan ZANON, N. y BIONDI, F., la magistratura italiana, en la concepción tradicional, es un «*poder nulo*», un poder de aplicación y de creación, pasivo y no activo, es un poder no político. De ahí el uso del término «orden».

Y aunque, según ZANON, aún hoy se considera que las decisiones judiciales no contribuyen al «*indirizzo politico*», en nuestra opinión, una de las grandes mutaciones de la magistratura italiana ha sido precisamente la tendencia a desechar esta concepción clásica dentro de la propia magistratura, para intervenir –con marcado carácter y pretensión política– en su función jurisdiccional, amparándose en una concepción de la función judicial fundamentada en los valores del pacto social, concordante a su vez con la racionalidad colectiva y configuradora de la cultura jurídica italiana²⁰¹.

Y aunque esta concepción no fue seguida mayoritariamente, ni siempre estuvo imperante, son claramente reconocibles determinados posicionamien-

200. Para ello vamos a seguir fundamentalmente la obra de ZANON, Nìcolo y BIONDI, Francesca, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè Editore, 2002. Su obra incluye una magnífica recopilación de sentencias de la CC que recorren todas las discusiones doctrinales, hasta la configuración de la magistratura actual. En todo caso, todas las sentencias aquí citadas pueden encontrarse sin mayor dificultad en www.cortecostituzionale.it

201. Por ejemplo, SENESE, S., «Democrazia, sovranità popolare e giurisdizione», *Questione Giustizia*, vol. VI, 1987, pgs. 448 y ss. SENESE es, o era, uno de los miembros más destacados de la asociación Magistratura Democrática, muy ligada a la izquierda política.

tos, actitudes y acciones de la magistratura italiana que se sitúan claramente en posiciones enfrentadas con la clase política, sobre todo después de la segunda mitad de los años setenta, de marcada participación en la vida política y pública y que van mucho más allá de la concepción clásica de «*poder nulo*». En todo caso, desde el punto de vista constitucional y de conformidad con lo establecido en el art. 134 CI, no puede negarse su consideración de «*poder del Estado*», ya que tanto el CSM –como el propio juez y el fiscal– tienen legitimación activa y pasiva en el conflicto de competencias «*entre poderes del Estado*»²⁰². Ésta es además la opinión del propio ZANON. Procede, pues, extenderlos en su contenido.

2.1.1. La «autonomía» de la magistratura italiana

Distintas han sido las posturas doctrinales al respecto. Algunos autores apenas establecen una distinción precisa con la independencia, identificando la autonomía como un corolario que la delinea y desarrolla²⁰³. Entre las tesis que sostienen la distinción de ambos términos, hay quien mantiene que la autonomía estaría referida a la magistratura, al orden jurisdiccional en su conjunto, mientras que la independencia sería aquella cualidad predicable del magistrado individualmente, siendo la primera, garantía instrumental de la segunda²⁰⁴.

Otra opinión, de mayor complejidad argumental, es la que establece la distinción entre ambos términos, asociando la independencia a la relación entre la magistratura y el ejecutivo, y la autonomía a la relación de ésta con el poder legislativo. Desde esta concepción, la autonomía sería una limitación a la discrecionalidad del legislativo respecto del orden jurisdiccional, una garantía constitucional de la magistratura que asimismo reforzaría la reserva

202. La legitimación de cualquier fiscal en un conflicto de competencias quedó definitivamente reconocida en la StCC 420/1995: «Según ha tenido ya ocasión de afirmar esta Corte (sentencias 462, 463, 464, de 1993), el ministerio público está sin duda alguna legitimado para interponer un conflicto de atribuciones entre los poderes del Estado, por cuanto –siguiendo el art. 112 de la Constitución– es titular directo y exclusivo de la actividad investigadora dirigida al ejercicio (obligatorio) de la acción penal. En lo que se refiere al desarrollo de dicha función, ha sido reconocida al ministerio público, órgano no jurisdiccional, la competencia de declarar la voluntad definitiva del poder judicial al que pertenece, según los requisitos del citado art. 37 de la Ley 87/953... De ello se deriva que debe atribuirse a dicho órgano la legitimación para interponer el conflicto, exclusivamente, cuando pretende la defensa de la integridad de la competencia inherente al ejercicio de la acción penal, competencia sobre la cual está directamente investido por la citada norma constitucional y por la cual está provisto de la independencia institucional respecto de cualquier otro poder», pg. 9.

203. Ésta es por ejemplo la opinión que se sostiene en NEPPI MODONA, G., *Lo Stato...*, op. cit. pg. 434.

204. Por ej. GIACOBBE, G. y BONIFACIO, F., «Art. 104» del *Comentario della Costituzione*, coordinado por Branca, G. Bolonia-Roma, 1986.

de ley constitucional del art. 108²⁰⁵. Según algunos autores, ese respeto del poder legislativo a la autonomía jurisdiccional, significaría el reconocimiento de una potestad normativa relevante del orden jurisdiccional en el plano general de las fuentes del derecho –expresándose mediante actos normativos típicos de contenido abstracto y general: circulares, directivas, instrucciones, etc.– además de asegurar una vinculación a la opinión del CSM como representante de la magistratura en cuestiones de orden legislativo²⁰⁶.

Por último, desarrollando la idea del poder normativo atribuido al orden jurisdiccional, algunos autores argumentan la relación entre la autonomía y la previsión del CSM como órgano constitucional, dotado de poder normativo. Cuestión que –en ocasiones– es señalada como hecho fáctico y demostrable, más que como idea doctrinal; de hecho, el CSM ha ido progresivamente incrementando su poder. No obstante, la conexión se estrecha y refuerza en aquellas argumentaciones que identifican la autonomía con la previsión del CSM como órgano de autogobierno de la magistratura²⁰⁷ que establece el mismo artículo.

Lo cierto es que no existe definición semejante del CSM en la Constitución italiana, aunque esta misma afirmación es posible encontrarla en multitud de textos. El propio CSM se autodefine en multitud de documentos como órgano de autogobierno de la magistratura²⁰⁸.

No fue ésta, sin embargo, la posición que la Corte Costituzionale adoptó en su importantísima Sentencia 142/1973, al señalar que:

«no... puede afirmarse... que el CSM represente, en sentido técnico, al orden jurisdic-

205. Art. 108 CI: *«Se establecerán mediante ley las normas orgánicas de la judicatura y de cualquier tipo de magistratura»*.

206. Por ejemplo, VOLPE, G., «Consiglio superiore della Magistratura», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. II, pg. 390, Milano, 2000. También DEVOTO, M., «Ordinamento giudiziario», *Enciclopedia Giuridica*, 1990, Vol. 10.

207. La piedra angular de este razonamiento parece haberse centrado en el carácter judicial del CSM, con la mayoría de sus miembros extraídos de la Magistratura y, por tanto, en su consideración como órgano propio de la Magistratura en particular, rebajando el acento de su cualidad de órgano del Estado. Así por ejemplo, SANTOSSO, F., *Il Consiglio superiore della Magistratura*, Milán, 1958. Por otro lado, el argumento de la incapacidad del CSM para sostener intereses propios y estatales, responde, al mismo tiempo, al enfoque doctrinal que sirve para negar la posibilidad de un «autogobierno» de la magistratura. Por ejemplo, BARTOLE, Sergio, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, pgs. 3 y 4.

208. Por Ej. en su página Web; *www.csm.it*. En esta fuente, cuando se refiere a sus atribuciones afirma que *«il CSM è l'organo di governo autonomo della magistratura ordinaria»*. Y cuando se refiere al propio órgano, tras destacar la importancia que el constituyente puso en las garantías de autonomía e independencia de la magistratura, añade que *«ha creato un organo di autogoverno: il CSM, al quale è affidata l'intera carriera di tutti i magistrati»*.

cional de modo que, a través de ello, pueda realizarse directamente el así llamado autogobierno (expresión, también ésta, que debe entenderse más en un sentido figurado que como acepción jurídicamente rigurosa)».

Tras analizar la composición mixta del CSM, el carácter estatal de su Presidencia, subrayando incluso su carácter de órgano parcialmente representativo, la Corte concluye que:

«por lo tanto, han sido predispuestos mecanismos idóneos para realizar y mantener una constante soldadura con el aparato único del Estado, aunque sin corroer las proclamadas garantías de autonomía e independencia».

Y en lo que se refiere directamente a la autonomía, en la citada Sentencia, la Corte afirma que dicho término:

«... es utilizado aquí en un sentido genérico y no técnico, para indicar la disciplina individualizada que la Constitución reserva, y quiere que sea reservada, en todo lo que concierne al estatuto jurídico de los magistrados del orden jurisdiccional, ya sea garantizándoles directamente la inamovilidad –en el sentido y bajo las condiciones del art. 107– ya sea sustrayéndole, también para todo lo que concierne al mencionado estatuto, de cualquier dependencia de órganos pertenecientes al Ejecutivo. Instrumento esencial de la autonomía así construida y, por tanto, de la propia independencia de los magistrados en el ejercicio de sus funciones –que la autonomía está institucionalmente dirigida a reforzar– son las competencias atribuidas al CSM en los arts. 105, 106, 107 de la Constitución, entre las que se encuentra cualquier procedimiento que directamente o indirectamente pueda mutilarla.»

Y retomando una sentencia anterior, la Corte afirmaba que, del art. 104, resulta que:

«al Consejo Superior de la Magistratura le ha correspondido el intento de hacer efectiva, garantizando, la autonomía de la magistratura.»

De la lectura de estas sentencias, ZANON, N. infiere la concepción de autonomía que consideramos más adecuada. Esa disciplina, circunscrita y reservada al CSM, se corresponde con una gestión administrativa autónoma del poder o del orden judicial²⁰⁹. Una autonomía organizativa que se ejerce mediante las competencias que los artículos 105, 106 y 107 CI atribuyen al CSM –asignación, traslados, promociones, procedimientos disciplinarios–. El CSM supondría, de este modo, la condición necesaria para garantizar la autonomía del orden judicial²¹⁰.

Ante la pregunta de cuál sería, por tanto, la relación entre esta autonomía de la gestión administrativa –o de los arts. 104 a 107– y la reserva de ley del art. 108, parte de la doctrina mantiene la imposibilidad de representación

209. ZANON, N. y BIONDI, F., *Diritto...*, *op. cit.*, pg. 12.

210. Esta fue también la opinión de DAGA, L. en *Il Consiglio superiore della magistratura*, Nápoles 1974, pg. 284.

de intereses ajenos al Estado por parte del CSM, negando su carácter de órgano de autogobierno, y tiende a interpretar la reserva de ley como absoluta²¹¹.

Por el contrario, las teorías que han cualificado de poder normativo al CSM y que han optado por una concepción fuerte de la autonomía, tienden a interpretarla como una reserva relativa. El argumento pasa por interpretar la reserva del art. 108 en base a la reserva establecida en el art. 97 que establece lo siguiente: «*Los cargos públicos se organizarán según los preceptos de la ley, de tal modo que se garanticen su buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración*». Del mismo modo que resulta a toda luz evidente que no puede interpretarse esta reserva de modo absoluto, negando todo poder normativo a la Administración, por analogía, cabría afirmar que no pueden negarse otras intervenciones normativas en el ámbito de la Administración de Justicia²¹².

Una posición intermedia, muy favorable a la magistratura y que ha tenido gran acogida en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional, es la de interpretar la reserva con carácter relativo en relación con el CSM, pero absoluta en sentido preventivo, es decir, negando todo poder normativo al Ejecutivo²¹³. El art. 108 CI excluiría el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno en materia de organización del orden jurisdiccional, mientras que no impediría el reconocimiento de algún espacio normativo y cierta discrecionalidad al CSM, siempre y cuando tuviera fundamento en criterios y tipos generales establecidos por ley²¹⁴.

Ésta es, sin duda, la opinión seguida por la Corte Costituzionale:

«La reserva de ley establecida por la Constitución como base de la disciplina sobre el ordenamiento judicial con el fin de garantizar el status de independencia de la magistratura, ya sea judicante o requirente²¹⁵, abarca no sólo al ejercicio de la función judicial, sino también al momento de la investidura para tales funciones que, a su vez, comprende el nombramiento de los magistrados para funciones de dirección. Analizando específicamente el nombramiento para dichas funciones, la reserva de ley establece la necesidad de

211. Por ej. BARTOLE, S., *Autonomia...*, op. cit., pg. 240.

212. PIZZORUSSO, A., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, pg. 26.

213. ZAGREBELSKY, G., «La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali», *Rivista di Diritto procesale*, 1975, pg. 442.

214. ONIDA, V., «La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con altri poteri dello Stato», *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, coordinado por B. CARAVITA, Roma-Bari, 1994, pg. 34.

215. Hay que hacer notar en este momento cómo la jurisprudencia de la Corte hace extensivas las garantías de la Judicatura a la Fiscalía. En realidad, están referidas en el propio texto constitucional a la Magistratura, organización a la que, como ya habíamos advertido, pertenece también el Ministerio Público. Nos detendremos en ello en los próximos apartados. Valga esta explícita mención de la Corte como argumento material.

que ésta sea la fuente primaria en la determinación de los criterios de valoración y de selección de los aspirantes y el consecuente modo de nombramiento. No obstante, la reserva no implica que semejantes criterios deban estar predeterminados por el legislador de modo tan analítico y detallado que la elección de la persona a la que otorgar las funciones directivas sea una mera elección ejecutiva y vinculada, y en consecuencia, anule cualquier margen de apreciación y valoración discrecional, absoluta o comparativa, de los requisitos y de los distintos candidatos. Por lo tanto, sobre la materia examinada, la reserva de ley sancionada por la Constitución puede considerarse respetada siempre que el legislador haya enunciado criterios suficientemente precisos como para orientar la discrecionalidad del órgano decisorio en la elección de la persona más idónea» (StCC 72/1991).

Dado que la «*Legge sull'ordinamento giudiziario*» sigue siendo aquella de 1946 (RDLT 511), por tanto carácter preconstitucional, lo que ha llevado a muchos vacíos normativos, a pesar de lo establecido por la Disposición Transitoria. VI de la Constitución italiana²¹⁶, se asiste desde hace años, como afirma la doctrina a «un progresivo vaciamiento de la reserva de ley establecida en el art. 108 y, ello, como resultado de la acción del CSM, que parece haberse atribuido una serie de poderes "paranormativos"»²¹⁷. Lo que ha hecho aumentar, sin duda, su poder. Entran dentro de la categoría de actos discrecionales del CSM, por ejemplo, las resoluciones, circulares y directivas previstas en su reglamento interno²¹⁸.

A nuestro modo de ver, los pronunciamientos de la Corte Constitucional italiana hacen posible, en mayor o menor medida, cualquiera de las interpretaciones referidas a la autonomía que, si bien han tratado de afinar su alcance, no han perdido de vista las competencias establecidas en favor del CSM así como su relación –prácticamente, condición necesaria– para la independencia interna en el ejercicio de la función jurisdiccional²¹⁹. Habrá, por tanto, que analizar más detenidamente las competencias del CSM y el significado de la independencia de la Magistratura deteniéndonos, en primer lugar, en el segundo de los aspectos mencionados.

216. Disp. Transit. VI: «*Dentro del plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Constitución se procederá a la revisión de los órganos especiales de jurisdicción actualmente existentes, excepto las jurisdicciones del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas y de los tribunales militares*».

217. ZANON, N. y BIONDI, F., *Diritto...*, op. cit., pg. 25.

218. SORRENTINO, F., «I poteri normativi del CSM», *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, coordinado por B. CARAVITA, Roma-Bari 1994. pg. 37.

219. Opinión esta, como hemos analizado, que se encuentra muy alejada de la concepción holandesa, según la cual la autonomía, o la gestión administrativa autónoma, no influiría en la independencia del magistrado individual, garantizada por su nombramiento vitalicio; de ahí su atípico «*Raad vor de Rechtspraak*» o «*Council of the Judiciary*» y su tardía puesta en marcha. Precisamente, su contrapunto fue la introducción del «*new public management*», una gestión autónoma individualizada en cada juzgado, que produjo enconadas críticas por una supuesta violación de la independencia judicial, al tener los magistrados que ocuparse de tareas administrativas y no judiciales.

2.1.2. *La independencia de la magistratura italiana*

A la vista de la mención específica en el art. 101 de la Constitución italiana a los jueces, y no a los magistrados –como así sucede en el resto de preceptos constitucionales– y de la relación necesaria que existe entre la independencia de la judicatura y su exclusiva sujeción a la ley –siendo las dos caras de la misma moneda– se podría estar tentado a considerar la existencia de condiciones singulares de independencia para la judicatura frente al ministerio público, admitiendo en este último supuesto, una mayor relajación del régimen o alcance de la autonomía aplicable. Pues bien, salvo matices a los que aludiremos más adelante, nada es menos cierto desde la perspectiva italiana.

La doctrina ha querido ver un paralelismo absoluto entre el art. 101, referido a los jueces, y el 112, referido al Ministerio Fiscal: «*El ministerio público tiene la obligación de ejercer la acción penal*». La mayoría de la doctrina ha asociado este artículo con un principio estricto de legalidad²²⁰. Además, los mecanismos –competencias del CSM– de independencia (y autonomía) que prescriben los artículos 104 a 107 CI se entienden referidos a la magistratura, por tanto, también al Ministerio Fiscal²²¹. Por si no fuera suficiente, no han faltado voces que, tomando en cuenta los debates constituyentes, han subrayado cómo el artículo 101 introducía el término «magistrados» mientras que el término «jueces», procede del comité de redacción constitucional, del que, como ha puesto de relieve la doctrina, se esperaba un mero trabajo de «refinamiento estilístico» y de coordinación legislativa y que, no obstante, sustituyó «con una iniciativa arbitraria» el término «magistrados» por el de jueces²²². Todo lo que aquí se vaya a referir a continuación, valga pues, por regla general, para el Ministerio Fiscal.

Dentro de la noción de independencia, una dicotomía clásica –tan válida como otras– es la que distingue entre «independencia externa» (del poder judicial frente a los demás poderes) e «independencia interna» (de cada magistrado dentro del poder judicial). La primera, de todos conocida, responde al principio clásico de división de poderes y pretende básicamente evitar la influencia de Ejecutivo –de la mayoría gobernante– sobre los órganos de justicia y del poder judicial, lo cual incluye por añadidura a cada

220. La relación entre ambos términos obligatoriedad-legalidad es bastante más compleja que el de una asociación directa. ¿No cumple con la legalidad un ministerio público cuya previsión constitucional le permita una acción discrecional? Evidentemente sí. Tampoco la asociación obligatoriedad-independencia que se realiza para el Ministerio Fiscal es en modo alguno tan simple como la percibe gran parte de la doctrina italiana. Tendremos ocasión más adelante de ahondar en estos problemas.

221. Lo que no excluye, como veremos, numerosas críticas al respecto.

222. NEPPOI MODONA, G., «Lo stato...», *op. cit.*, pg. 451.

magistrado, al tiempo que limita –siempre que sea una garantía de rango constitucional– la discrecionalidad del legislador en la configuración del poder judicial. La segunda, persigue prevenir cualquier influencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de cada magistrado dentro del mismo poder judicial. Lo que no excluye cuestiones de organización dentro de la judicatura que van más allá de las atribuciones específicas de cada magistrado.

Respecto a la primera, es el art. 104 CI el que de nuevo constitucionaliza esta garantía. Y, en su defensa, de nuevo, el CSM juega el papel primordial. En primer lugar, a través de las mencionadas competencias de los artículos 104 a 107, gestionando de manera autónoma el normal funcionamiento del orden jurisdiccional. En segundo lugar, en paralelismo con la autonomía, a través del planteamiento del conflicto de competencias, el CSM tiene legitimidad activa y pasiva como representante del conjunto del poder judicial. Por último, en tercer lugar, siendo ésta una característica puramente italiana, el CSM da contenido a la independencia externa, al emitir posiciones políticas respecto de iniciativas parlamentarias y gubernativas que se refieran a la magistratura que no sean de su agrado. Por ejemplo, mediante la aprobación de una moción o resolución por parte del pleno de este órgano, como un acto de «*indirizzo*» que gozaría de legitimación formal, por tratarse de un acto de tutela de la independencia de la magistratura y de legitimación material, en cuanto a que la resolución se adopta en nombre de toda la magistratura.

Como es lógico, ZANON, N. y BIONDI, F., cuestionan esta competencia del CSM para la adopción de semejantes actos, a la que califican de invasión de la discrecionalidad constitucional reservada a los órganos políticos. Y recuerdan al respecto, que el proyecto de la Comisión Bicameral de 1997 para la reforma de la Constitución establecía que el CSM no podría adoptar actos de «*indirizzo politico*», limitando sus competencias «a adoptar actos y a desarrollar funciones estrictamente administrativas»²²³. No obstante, el CSM adopta este tipo de actos desde hace tiempo, y no parece que vaya a dejar de hacerlo.

La independencia interna de la magistratura tiene su fundamento constitucional en el art. 101.2 de la Constitución italiana, junto a su análogo precepto referido al Ministerio Fiscal, el art. 112. La sujeción exclusiva a ley,

223. ZANON, N. y BIONDI, F., *Diritto...*, *op. cit.*, pg. 33. El proyecto de la Comisión Bicameral propuso grandes reformas constitucionales de las apenas se adoptaron algunas y devino en realidad un fracaso. En lo que respecta a la Magistratura, la única modificación que surgió como consecuencia de los trabajos de aquella comisión fue la reforma del art. 111 CI que constitucionalizó nuevas garantías y derechos procesales. Tendremos ocasión de analizarlo más adelante.

el principio de legalidad en sentido estricto, constituye el fundamento propio de la actividad jurisdiccional. En base a la norma, protegidos y amparados por ella, los magistrados se hacen impermeables a cualquier otra influencia ajena. La ley es la única medida, el único eje, en el que puede moverse la magistratura. Los magistrados están únicamente sujetos a la ley, no al ejecutivo o al legislativo. Es la condición básica de su independencia.

Una clasificación un poco más compleja de los tipos de independencia, introducida por ZANON, N. y BIONDI, F., cuya obra estamos analizando de cerca en este apartado, es la que añade el nuevo binomio de independencia institucional *vs.* independencia funcional. Si la primera dicotomía pretende subrayar frente a qué se protege la magistratura, este binomio pretende responder a la pregunta acerca de qué se pretende proteger o tutelar. A su vez, ambas clasificaciones pueden entrecruzarse, sugiriendo cuatro perspectivas de análisis que analizaremos a continuación: la independencia externa institucional; la independencia externa funcional; la independencia interna institucional y la independencia interna funcional. A pesar de que podría afirmarse que algunas cuestiones y elementos, al superponerse, pertenecen a más de una categoría, nos parece muy precisa en la ordenación de las cuestiones que posibilitan una y otra. Por ello dicha clasificación nos será muy pertinente al analizar los distintos elementos y diversos matices que concurren en cada una de las fiscalías que nos proponemos abordar en este estudio, permitiendo compararlas más fácilmente y con mayor precisión.

a. La independencia externa orgánica

Subrayan ZANON, N. i BIONDI, F. que la pretensión de garantizar la independencia externa institucional o «burocrático administrativa», implica, desde una perspectiva institucional, impedir relaciones –entre la magistratura o el magistrado individual–, que actúen como fuente de potenciales interferencias y, a su vez, desde una perspectiva interna, preservar a la magistratura frente a la injerencia cualquier sujeto, poder, ente, u organización externa a dicha institución. Significa por tanto, apartar al magistrado, y en particular a su carrera profesional «de interferencias provenientes de poderes y fuerzas externas a la magistratura que pudieran indirectamente "pesar" sobre la autonomía de su capacidad de decisión y elección»²²⁴.

La Constitución italiana establece cinco mecanismos específicos para su consecución:

i. La inamovilidad

El art. 107 establece que *«Los magistrados serán inamovibles. No podrán ser*

224. ZANON, N. y BIONDI, F., *Diritto...*, *op. cit.*, pg. 40.

destituídos ni suspendidos de servicio, ni destinados a otros cargos o funciones sino en virtud de resolución del Consejo Superior de la Magistratura, adoptada por los motivos y con las garantías establecidas por el ordenamiento de la judicatura y con el consentimiento de los propios interesados».

Confluyen pues en este precepto constitucional, dos requisitos, la inamovilidad y la competencia exclusiva del CSM en esta materia, evitando «irrupciones» desde el exterior. Esta garantía recaería fundamentalmente en la asignación del magistrado a una plaza o sede judicial y no tanto en su atribución a una función concreta ejercida en el correspondiente órgano judicial. Esta última cuestión, en opinión de ZANON, N. y BIONDI, F. –que asimismo compartimos– se encuentra bajo la tutela del derecho al juez natural o derecho al juez predeterminado por la ley que el art. 25 de la CI, establece²²⁵.

ii. El nombramiento a través de concurso público

Ya habíamos señalado que el art. 106 de la Constitución italiana, establece el concurso público como el procedimiento para el ingreso en la magistratura, aunque admite algunas excepciones que, por regla general, no se refieren a la magistratura profesional, por ejemplo los magistrados honorarios²²⁶.

En la Sentencia 1/1967, la Corte constitucional italiana afirma que:

«la regla del nombramiento por concurso no es per se una norma de garantía de independencia del titular de la actividad [caben otras posibilidades] pero sí es idónea para cubrir el puesto. Sin embargo, puede considerarse que en el ámbito de un sistema como el delineado en el título IV, sección I, de la Carta constitucional, el nombramiento a través de concurso, aunque este ámbito tolere excepciones, contribuye a reforzar e integrar la independencia de los magistrados.»

Uno de los problemas constitucionales más relevantes que se han suscitado en Italia al respecto, ha sido la cuestión de los requisitos de concurrencia al procedimiento de concurso exigidos por el RD de 30 de enero de 1941, sobre organización judicial²²⁷. El artículo 124,7 de la Constitución italiana prevé la exclusión de candidatos que, por la información recogida sobre ellos, no resulten de una conducta «intachable».

225. Se extiende sin problema esta inamovilidad a los fiscales italianos. Más complicado, tendremos ocasión de comprobarlo, es precisar si existe el derecho a un fiscal predeterminado por la ley.

226. También habíamos hecho notar que el legislador no dio continuidad a la previsión constitucional hasta la promulgación de la Ley 303/1998 de 5 de agosto «*Nomina di professori universitari e avvocati all'ufficio di Consiguiere de cassazione, in attuazione dell'art 106, terzo comma, della Costituzione*». Debemos aquí también precisar que el concurso es único para el ingreso en la magistratura, ya sea en la judicatura, como en el ministerio público.

227. Esta legislación preconstitucional ha sido, evidentemente objeto de numerosas modificaciones, pero sigue siendo la ley de referencia. Entre las modificaciones producidas se encuentran las disposiciones: DL. núm. 205/92, D.Lgs. núm. 416/92, L. núm. 160/92, L. núm. 356/92, L. núm. 295/93, D.Lgs. núm. 398/97, D.Lgs. núm.

El primer cambio sustancial que hubo de realizarse tras la entrada en vigor de la Constitución, en virtud de la garantía de independencia, fue atribuir esta competencia, anteriormente en manos del Ministro de Justicia, al CSM. Pero es más, el artículo citado establecía que esa conducta irreproachable debía extenderse a la familia del candidato, valoración que además no era recurrible, hasta que en 1994, en su sentencia 108/94, la Corte declaró inconstitucionalidad, en virtud de los arts. 3 y 51 de la Constitución italiana –principio de igualdad y derecho de acceso a la función pública–, referida tanto a la extensión de la conducta al entorno familiar, como a la imposibilidad de impugnar el acto.

No obstante, persistiendo en la idea de incompatibilidad familiar y siguiendo algunas recomendaciones de la Corte en la misma Sentencia, la Ley 398/1997, introdujo el apartado 7 que establece que la conducta incensurable afecta a los parientes *«en línea directa hasta el primer grado y en línea colateral hasta el segundo»* que no *«hayan sufrido condenas por cualquiera de los delitos recogidos en el art. 407, coma 2, letra a), del código procesal penal»*, referidos a la asociación mafiosa, homicidio, extorsión, secuestro con extorsión, asociación con fines dirigidos a la producción y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes. La sentencia 391/2000, reproduciendo algunos argumentos del anterior pronunciamiento de la Corte Constitucional, determinó también la inconstitucionalidad de este precepto, estableciendo el principio de que la conducta examinada debe ser siempre susceptible de reconducirse al directamente interesado²²⁸.

iii. Establecimiento de limitaciones para los magistrados en cuanto a su inscripción en partidos políticos y a su participación en la vida política

En realidad no se trata de un instrumento constitucional, ya que se delega en la ley la regulación de esta cuestión²²⁹. En una actitud muy particular a nivel comparativo, el legislador italiano, no obstante, todavía no ha recogido el testigo que le brinda la Constitución.

51/98, L. núm. 133/98, L. núm. 138/99, DL. núm. 341/2000, L. núm. 48/2001, L. 154/2001, L. 94/2002. No obstante, una crítica frecuente hacia la clase política es su incapacidad para haber consensuado una nueva ley sobre la organización judicial moderna y adaptada a la actualidad. La Corte Constitucional ha jugado, por tanto, un papel fundamental a través de su jurisprudencia.

228. A pesar de la St. CC, la Ley 48/2001 que tenía por objeto adecuarse a este mandato continúa manteniendo intacto este apartado del artículo 124. Las posteriores leyes no hacen referencia a esta disposición.

229. El artículo 98,3 CI, establece que *«Se podrán establecer por ley limitaciones al derecho de inscribirse en los partidos políticos para los magistrados, los militares de carrera en servicio activo, los funcionarios y agentes de policía y los representantes diplomáticos y consulares en el exterior»*.

Los magistrados, por tanto, carecen de limitación alguna para pertenecer a partidos políticos y, es más, las asociaciones de magistrados se consideran también muy ligadas a los partidos políticos. Y como cabe constatar y tendremos ocasión de analizar más detenidamente, la incidencia de estas asociaciones en la vida política italiana es grandísima. Sí existe, como no podría ser de otra manera, límites a su candidatura para cualquiera de las cámaras parlamentarias, aunque ciertamente son más bien escasos. El art. 8 d.P.R. núm. 361 de 30 de marzo de 1957²³⁰ (Decreto de la Presidencia de la República), dispone que los magistrados no son elegibles en aquellas circunscripciones que se encuentren, ya sea totalmente o sólo en parte, en el ámbito de la jurisdicción donde el magistrado haya ejercido sus funciones en los seis meses precedentes a la aceptación de su candidatura. Lógicamente, esta limitación no puede aplicarse a los magistrados de las jurisdicciones de ámbito nacional. En estos supuestos, se aplica la regla general que establece que ningún magistrado será elegible si, en el momento de aceptación de las candidaturas, no se encuentra fuera ya de su puesto, a la expectativa de su posible elección parlamentaria.

Adicionalmente, el ya citado art. 8, en su apartado 2, establece que los magistrados candidatos que finalmente no resulten elegidos no podrán ejercer de nuevo funciones jurisdiccionales en la misma circunscripción de su candidatura por un período de cinco años. Este límite, como estableció la Corte Constitucional, no es una cuestión que pueda fijarse de manera arbitraria por el legislador, sino que debe responder a la necesidad de eliminar cualquier implicación personal que conlleve toda campaña electoral. En este sentido, la Corte afirmó que la delimitación del período a cinco años era plenamente constitucional, pues respondía al período de una legislatura, es decir, al tiempo normal de elección por el que se hace campaña (StCC 172/1982).

Una última cuestión sería la que se refiere a la pertenencia de los magistrados a asociaciones marcadas por una fuerte estructura jerárquica. La Comisión disciplinaria del CSM, en su resolución 13/95, refiriéndose en concreto a la pertenencia a la masonería afirmó que *«no parece que puedan albergarse dudas de su incompatibilidad con la pertenencia al orden jurisdiccional»*. El principio constitucional vulnerado sería el contemplado en el art. 54: *«ser fiel a la República y respetar la Constitución y las leyes»* y, más específicamente, en su art. 98, por el cual los funcionarios públicos y, por supuesto, los magistrados entre ellos, *«están al servicio exclusivo de la nación»*. Este es el punto de

230. Artículo modificado por la Ley 13/1997 del 3 de febrero, para incluir las elecciones al Senado.

conflicto que habrá que ponderar a la hora de analizar cada asociación concreta. Es éste además, uno de los rasgos más importantes a nivel comparado. El potente asociacionismo de Jueces y Fiscales en Italia, es una de las razones fundamentales para comprender la fuerte influencia de la Magistratura en la vida política italiana. Este fenómeno, o por lo menos a este nivel, no se da en Holanda ni tampoco en España. Hay que subrayar esta diferencia, pues por lo demás las garantías son muy similares en los tres sistemas.

iv. Las cuestiones referidas al régimen retributivo de los magistrados

Cabría argumentarse que para ser institucionalmente independiente, se debe serlo también económicamente. En este sentido, no puede dudarse del riesgo de corrupción que, en la función pública, se relaciona con una retribución insuficiente y viceversa... La Corte en su St. 1/1978, también entendió que el régimen retributivo, es uno de los componentes del estatus del magistrado, junto con la progresión en la carrera.

v. La posibilidad de ejercer funciones distintas a aquellas estrictamente jurisdiccionales

Dos son las reglas generales que afectan a esta cuestión. La primera, de naturaleza legislativa, viene establecida por el art. 16 del RD núm. 12 de 1941, que prescribe que la aceptación de cualquier función de cualquier tipo y la asunción de la función de árbitro, están sujetas a la autorización del CSM, competencia –problemática y discutida– que fue sometida a referéndum abrogativo. No obstante, como siempre sucede en la vida política italiana, el referéndum no alcanzó el quórum de participación suficiente para su validez²³¹. La segunda, se refiere a una regla jurisprudencial. La Corte en su St. 284/1986, establecía que no era la concurrencia de funciones *per se*, lo que podía menoscabar la independencia del juez, sino aquellas de naturaleza no jurisdiccional que se ejerzan de manera subordinada, pudiendo el superior jerárquico extender su influencia hasta las funciones propiamente jurisdiccionales del magistrado.

b. *La independencia externa funcional*

Afirma la Corte Constitucional italiana que la independencia de los jueces consiste en la potestad de decidir de manera autónoma, no condicionada por interferencias directas o indirectas provenientes de la autoridad gubernamental, o de cualquier otro sujeto. Y en este sentido, matiza que ésta concierne no sólo al orden jurisdiccional en su conjunto, tal y como establece

231. La Corte tuvo incluso que pronunciarse sobre la constitucionalidad del referéndum planteado sobre el art. 16.2 y 16.3, admitiendo ambos.

el art. 104 de la CI, sino también a los órganos, ordinarios y especiales, de conformidad con los establecido en sus arts. 107 y 108 respectivamente, con el fin de asegurar que «la actividad jurisdiccional, en sus distintas variantes, como exige su esencia intrínseca, sea ejercitada sin influencias externas inadmisibles»²³². El fundamento no puede ser otro que la exclusiva sujeción del juez a la ley²³³. No queda claro, por tanto, si en esta sentencia la Corte hace referencia también al ministerio público, dado que, al hacer mención al orden jurisdiccional, comienza señalando en concreto a los jueces o si, por el contrario, considerando que los «órganos especiales» son también jueces de las jurisdicciones especiales, pretende referirse a la judicatura en su conjunto y a sus órganos específicos.

La cuestión tiene una importancia relativa. No cabe duda que esta independencia presupone una reserva de función jurisdiccional, administrar justicia en sentido estricto, directamente atribuida a los jueces y, en concreto, a unos jueces específicos: aquellos «instituidos y regulados en la norma sobre el ordenamiento judicial»²³⁴; es decir, al juez predeterminado por la ley. Es evidente que ni el ministerio público como institución, ni el fiscal, tienen en puridad una reserva de jurisdicción²³⁵. El fiscal es un magistrado pero no es un juez. En este sentido, el tratamiento de esta cuestión tiene rasgos particulares para cada cuerpo. El propio ZANON, en este caso, eligiendo las sentencias de la Corte más precisas y utilizando siempre la palabra «*giudice*», es también más concreto. No obstante, al igual que habíamos advertido nosotros, ZANON, N. y BIONDI, F. muchas páginas más adelante en su obra, nos recuerdan que «el art. 112 representa para los magistrados del Ministerio Público, lo que el art. 101 representa para los "magistrati giudicanti"»²³⁶. Y la propia Corte, a través del citado art. 112 CI, subraya la garantía de la independencia funcional externa del Ministerio Público al afirmar que «no puede dudarse que el ministerio público es el titular directo y exclusivo de la actividad indagatoria

232. StCC 284/1986.

233. Establecida en el art. 101 CI.

234. Art. 102 CI: «*La función jurisdiccional será desempeñada por magistrados ordinarios instituidos y regulados por las normas relativas al ordenamiento judicial. No podrán instituirse jueces de excepción (giudici straordinari) ni jueces especiales. Solo podrán instituirse en el seno de los órganos judiciales secciones especializadas para materias determinadas, con participación incluso de ciudadanos competentes que no pertenezcan a la magistratura. La ley regulará los casos y las modalidades de la participación directa del pueblo en la administración de justicia.*»

235. Como señala Mari LUZ MARTÍNEZ, el concepto absoluto de reserva de jurisdicción «consiste en la determinación irrevocable del derecho... una función perdería su función jurisdiccional en tanto en cuanto no pudiéramos identificar en la misma este elemento». MARTÍNEZ, Mari Luz, *La independencia...*, op. cit., pg. 32.

236. ZANON, N. y BIONDI, F., *Diritto...*, op. cit., pg. 156.

con el fin de ejercitar (de manera obligatoria) la acción penal»²³⁷. Garantía que se extiende a cada órgano del ministerio público italiano, como poder difuso, dentro de una institución carente de relaciones jerárquicas, igual que lo es la judicatura. Y por tanto, tanto jueces como fiscales, poseen el mismo mecanismo de garantía de su independencia funcional externa: la legitimación para presentar un conflicto de atribuciones entre poderes del Estado ante la Corte Constitucional, establecida en el art. 134 CI²³⁸.

c. La independencia interna orgánica

La independencia interna institucional, guarda relación directa con una serie de importantes cuestiones y, francamente, la italiana es una independencia verdaderamente fuerte, que sorprende especial y precisamente en el ámbito del Ministerio Fiscal. La primera de estas cuestiones tiene que ver con la carrera judicial. En este sentido, el artículo 107.3 de la CI establece que «*Los magistrados se distinguirán entre sí únicamente por la diversidad de funciones*».

A nuestro juicio, la interpretación doctrinal de este artículo y en especial, su desarrollo por parte del legislador, desvirtúan absolutamente el sentido literal del artículo constitucional. En realidad, en Italia ha desaparecido la carrera judicial ya sea ésta considerada por grados o por funciones. Jueces y Fiscales, pertenecientes al mismo orden o –como aún continúa afirmándose– pertenecientes a la misma «carrera», pueden intercambiar sus funciones –o cambiar de cuerpo– con el único límite de la «valoración de idoneidad», lo que en términos expresados por la doctrina se reduce a una mera formalidad puesto que «nadie ha sido nunca considerado como "no idóneo" para el cambio de funciones»²³⁹.

La Corte Constitucional en su Sentencia 80/1970, en nuestra opinión, será quien abrirá el camino hacia la situación actual. Según la jurisprudencia emitida, el art. 107 CI «aunque distingue a los magistrados según sus funcio-

237. StCC 462/1993.

238. La más evidente diferenciación del «*ordine giudiziario*» italiano respecto a España y Holanda, se produce precisamente en el Ministerio Público.

239. PIVETTI, Marco. «Gli elementi fondamentali dell'assetto costituzionale relativo al potere giudiziario, con particolare riguardo al ruolo del giudice e del Pubblico Ministero. Le principali caratteristiche dell'ordenamiento giudiziario italiano ed il ruolo del C.S.M.», *Quaderni CSM* 2003, pg. 421. Una de las reformas por el ex ministro Castelli (gobierno de la Casa della Libertà), preveía un único posible cambio después de cinco años de ingreso en la magistratura. Como casi todas las reformas propuestas sobre la Magistratura no prosperó; no obstante, el debate sobre la separación de la carrera es una constante en la doctrina desde los años 90. En Holanda existe también una carrera unificada, sin embargo no existe semejante debate, sino que el intercambio de plazas entre jueces y fiscales es considerado, en líneas generales, como algo positivo que integra diferentes especialidades en diversas funciones.

nes, no excluye que las funciones sean escalonadas según la importancia que éstas tengan en el propio orden procesal y no reconoce el hecho de que a los magistrados se les reconozca una situación de absoluta igualdad de partida, ya que la propia Constitución, en el art. 105²⁴⁰, prevé un progreso a través de promociones, función atribuida al Consejo superior de la magistratura». Y en el mismo año, en su sentencia 123/1970, la Corte afirmaba de manera clara que el apartado 3 del citado art. 107 «no tiene otro significado que el que consiste en excluir –con particular referencia a la "magistratura giudicante"– relaciones de subordinación jerárquica en el ejercicio de la función jurisdiccional». Nótese que la Corte especifica la importancia de esta ausencia de jerarquía en la judicatura, pero en ningún caso autoriza a crearla en la fiscalía.

El gran cambio se había producido con las leyes 570/1966 de 25 de julio y 831/1973 de 20 de diciembre. En la citada legislación se establecía el cambio de la carrera de concurso cerrado a carrera de concurso abierto «*a ruoli chiusi, a ruoli aperti*»²⁴¹. La introducción de esta reforma supuso la posibilidad de promoción en números abiertos, es decir, en mayor número que el de las plazas disponibles. El funcionamiento actual de la «carrera» está basado en un criterio puramente negativo: la antigüedad. Después de haber cumplido el período previsto en cada función, los magistrados, con el visto bueno del «*consiglio giudiziario*» competente –consejo formado por el tribunal en donde desarrolla sus funciones el magistrado– y, junto a la valoración positiva del CSM –mecanismos prácticamente formales–, son promocionados automáticamente, adquiriendo el grado «*titolo*» y la retribución de las funciones superiores²⁴², sin perjuicio de que continúen sin embargo ejerciendo las mismas funciones, aquellas de la categoría inferior. Lo cual –nos estamos refiriendo al cambio de funciones– depende en gran medida de su propia voluntad, pues en el sistema italiano no existe ningún problema en que un magistrado ejerza las mismas funciones en la misma ciudad y sede, durante toda su vida.

240. Art. 105 CI: *Corrisponden al Consejo Superior de la Magistratura, conforme a lo dispuesto en el ordenamiento judicial, las admisiones, destinos y traslados, ascensos y medidas disciplinarias en relación con los magistrados.*

241. En realidad, hasta entonces y a pesar del precepto constitucional, la carrera había permanecido intacta, siendo una carrera por grados.

242. La «carrera» y los períodos de la misma, están estructurados de la siguiente manera –siempre contando con el juicio de idoneidad del CSM–: después del concurso se ingresa como «*uditor giudiziario*» sin funciones: 20 meses de práctica; «*uditor giudiziario*» con funciones, 1 año; «*magistrato di tribunale*», 11 años; «*magistrato di appello*», 7 años; «*magistrato di cassazione*», 8 años; «*magistrato di cassazione idoneo a funzioni direttive superiori*». Por último se puede ser nombrado «*Procuratore generale presso la Corte di Cassazione*» o «*Primo Presidente della Corte di Cassazione*». Entre todas estas categorías se encuentran todos los jueces y fiscales en activo. El verdadero «concurso» o promociones de mérito, se producen sólo en el caso de que existan varias candidaturas para una misma sede «pretendida y disputada».

En nuestra opinión, esta realidad falsea absolutamente el artículo 107 de la Constitución italiana. No existen funciones más prestigiosas que otras, pues no estarán en ningún caso mejor pagadas. Y las personas que cubran unos puestos u otros no lo harán por cuestiones de mérito, es decir, en referencia a las funciones ya ejercidas y al modo en que fueron ejercidas, sino por voluntad. Se valora en realidad, precisamente, una situación personal, si bien desde el punto de vista más objetivo posible. Pero los magistrados no se distinguen por sus funciones, se distinguen por su edad, que sólo de manera accesoria tiene relación con la función; el baremo son los años de ejercicio, porque ni siquiera la experiencia se valora realmente, siendo muy posible discutir quién posee más experiencia, si un magistrado que lleva 20 años en la misma sede o uno que, en diez años, ha cubierto tres puestos distintos²⁴³.

La mayoría de la doctrina se muestra en gran medida favorable a esta situación. Muchos ven en la carrera meritatoria el instrumento más eficaz para condicionar a los magistrados con promesas, amenazas, lisonjas, premios o desaires, y vejámenes. Se subraya la dificultad que de hecho existe en un ordenamiento democrático, para deshacerse de un juez por haber actuado de manera independiente y por tanto de «manera incómoda o desagradable para alguno de los ponentes de turno». Resulta «más fácil, elegante y mucho más eficaz» hacerle la carrera difícil e incómoda; y a su vez, premiar, promover y favorecer al juez cómodo, conformista y respetuoso: es «así como se gobiernan los jueces». Según esta doctrina, «la abolición de la carrera ha representado, en mayor medida, un paso esencial a favor de conseguir una efectiva independencia de los magistrados. Además ha aportado muchos otros beneficios: por ejemplo, la eliminación de los estímulos de rivalidad y de competitividad en las relaciones internas de la magistratura»²⁴⁴. No obstante existe, por supuesto, una autorizadísima doctrina absolutamente contraria la desaparición de los criterios de mérito y capacidad, llamando la atención acerca del nulo seguimiento que se hace en Italia de la cualificación de los miembros del poder judicial, una vez hayan ingresado en el cuerpo²⁴⁵.

243. Tres años es el período tras el cual puede solicitarse un traslado. En definitiva, desde una perspectiva española u holandesa, se puede afirmar que en Italia no existe carrera judicial.

244. PIVETTI, M. «Gli elementi...», *Quaderni...*, *op. cit.*, pg. 414. Aunque se refiera como ej. a los jueces, Marco PIVETTI es precisamente «Sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione».

245. Una feroz crítica al respecto y, en realidad, sobre muchos otros aspectos del actual MP italiano, puede encontrarse en DI FEDERICO, G. «L'indipendenza del Pubblico Ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata», *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1998, pgs. 236 y ss. Para este autor, el hecho de que las personas pertenecientes a la magistratura, aún durante el ejercicio de cargos políticos –pues es muy común en Italia encontrar magistrados en la esfera política– o en otro tipo de cargos, continúen ascendiendo en el escalafón, resulta vergonzoso. Y plantea hasta qué punto debe protegerse la indepen-

La segunda cuestión a la que hay que hacer referencia, muy ligada con la anterior, es la elección de los miembros del CSM. Según la previsión constitucional, contemplada en el art. 104 apartados 2 y 4 CI, el CSM se compone de la siguiente manera:

«El Consejo Superior de la Magistratura estará presidido por el Presidente de la República.

Formaran parte de él, como miembros natos, el primer Presidente y el Fiscal General del Tribunal Supremo.

Los demás componentes serán elegidos en sus dos tercios por la totalidad de los magistrados ordinarios entre los pertenecientes a las diversas categorías, y en un tercio por el Parlamento en sesión conjunta entre catedráticos titulares de Universidad en materias jurídicas y abogados con quince años de ejercicio.»

La cuestión que inmediatamente se plantea es cómo compatibilizar el criterio de pertenencia a las «diversas categorías» en la elección del CSM, en base a lo establecido en el art. 107.3 de la Constitución italiana y la interpretación que, de dicho precepto, acabamos de analizar.

Por su parte, la Corte Constitucional italiana en su Sentencia 87/1982, estableció que:

«es indiscutible que del art. 104 se extrae la prohibición de excluir a priori todo tipo de categorías de magistrados... del tenor literal del mismo, de los trabajos preparatorios, de la lectura que se ha hecho del mismo durante treinta años en sede jurisprudencial y legislativa, resulta unívoco que los magistrados de los que se compone el Consejo superior de la magistratura, son siempre distinguidos por categorías».

Además, la Corte mantuvo jurisprudencialmente que la relevancia de las diversas categorías respondía a «la exigencia de que, en el ejercicio de las complicadas tareas inherentes al gobierno de la magistratura, contribuyan las diversas experiencias que cada categoría singular porta». Experiencia que, como habíamos afirmado, se fundamenta únicamente en los años de ejercicio.

Cuestión que dicha Corte confirmó en la citada Sentencia, al admitir que «establecer cuáles y cuantas sean las categorías de magistrados destinadas a reflejarse en la composición del CSM, no puede no quedar atribuido –en gran medida– a la elección del legislador». El límite del legislador pasa por individualizar las categorías de manera que correspondan a la estructura funcional del ordenamiento judicial. Cuestión respetada, en cuanto que la categoría –independientemente de la función que se ejerza– se obtiene con el grado que habilita –por el cumplimiento de edad requerido– a los magistrados para ejercer sus funciones en los tribunales superiores.

dencia, en detrimento de concretas y sustanciales garantías de cualificación profesional.

La tercera cuestión que debemos considerar tiene que ver con la existencia de normas que establecen puestos de dirección dentro de los juzgados y que, evidentemente, corresponden a los magistrados de mayor experiencia. Admitida la fuerte independencia de cada magistrado y negada cualquier posibilidad de jerarquía en el seno de la magistratura, la Corte, en su Sentencia 143/73 aclaró que:

«la correcta interpretación de la norma... excluye que ésta sitúe a los magistrados en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales en una relación de subordinación y, mucho menos, de dependencia jerárquica... La atribución de estas funciones dirigentes debe necesariamente entenderse dentro de los límites constitucionales y, por tanto, tales funciones deben entenderse preordenadas y deben ser desarrolladas exclusivamente en base a las exigencias del servicio, objetivas e imprescindibles, para hacer posible el funcionamiento del juzgado y conseguir su eficiencia. Cualquier aplicación de las normas... dirigidas a conseguir objetivos distintos de los enunciados, constituiría una actividad viciada por desviación del fin, por exceso de poder, o por ejercicio arbitrario e ilegítimo de funciones públicas, con consecuencias jurídicamente relevantes.»²⁴⁶.

En todo caso, además, los puestos directivos están limitados temporalmente «con el fin de evitar la creación de "relaciones" jerárquicas»²⁴⁷. Todo ello, cabe reiterar, se aplica también en el seno de la Fiscalía²⁴⁸.

La última cuestión a la que hay que hacer referencia sobre la independencia interna institucional, es la relación que existe con la garantía de inamovilidad y las competencias del CSM en materia de traslados. Regulados en viejos decretos²⁴⁹, la Corte ha ido admitiendo la constitucionalidad de muchos de sus preceptos y aceptando, por tanto, muchos límites al procedimiento del art. 107.1, por el que se requiere el consentimiento del magistrado para cualquier traslado. El principio esgrimido por la Corte es el reconocido en el art. 97.1: *Los cargos públicos se organizarán según los preceptos de la ley, de tal modo que se garantice su buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración.*

La Corte consideró que el precepto es totalmente aplicable a la magistratura, la cual debe cumplir con eficacia el «servicio de la justicia»²⁵⁰.

246. La norma que regulaba la situación de los «uffici direttive» era el D.R. n. 12 de 1941, en sus artículos 30 a 41; la Sentencia citada se refería a la única posible interpretación de los mismos. Más tarde, éstos han sido derogados por el d. lg. 51/1998 de 19 de febrero. Pero la jurisprudencia del Constitucional mantiene su absoluta vigencia.

247. ZANON, N. y BIONDI, F., *Diritto...*, op. cit., pg. 68.

248. Lo que supone una diferencia sustancial con los Ministerios Públicos holandés y español, sostenidos y basados en una carrera de méritos y en un claro principio jerárquico.

249. R.D. n. 12 de 1941, arts. 110, 110 bis, 115, 116, 117 para el instituto de la «applicazione» –designación de un magistrado para el cumplimiento de una función específica y concreta, pero sin límite temporal–, y 97-100, 104, 106-109 y 7-ter y 2 del D.L. n. 232 de 1945 para situaciones de «supplenza».

250. La expresión es de ZANON, N. y BIONDI, F., *Diritto...*, op. cit., pg. 70.

No obstante, la polémica queda servida si nos referimos al instituto del «trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale». Regulado en el R.D. n. 511 de 1946 –recordemos «*Legge sulle Guarentigie della magistratura*»– en su art. 2.2 dispone que los magistrados podrán ser siempre trasladados, aún sin su consentimiento, «*quando por cualquier causa, independientemente de su culpabilidad, no puedan administrar justicia en la sede que ocupan, en las condiciones exigidas por el prestigio del orden judicial*». Parte de la doctrina ha considerado esta disposición absolutamente inconstitucional, debido a la falta de codificación de los supuestos específicos que puedan dar lugar al traslado forzoso²⁵¹. Otros autores, sin embargo, han analizado este precepto como un instrumento más de la independencia de los magistrados –de carácter objetivo, además– al evitar que ejerzan sus funciones en circunstancias difíciles, ajenas a su responsabilidad²⁵².

En todo caso, la jurisprudencia ha venido rechazando sistemáticamente la pretensión de inconstitucionalidad. Ha sido el CSM quien ha suplido la ausencia de regulación legislativa, aplicando sus propios criterios. El CSM, a nuestro juicio, se ha auto atribuido un poder normativo realmente importante. Criterios del CSM además, no siempre homogéneos y bien definidos pero que, sin duda, son duros y firmes, lo cual, según gran parte de la doctrina, convierte en «errónea la impresión de que conferir a los magistrados el autogobierno de la magistratura significa privilegiar los intereses corporativos». Al fin y al cabo, como señala la doctrina, nos estamos refiriendo a una competencia que ha producido un notable cambio en la concepción del autogobierno, anteriormente inspirada casi exclusivamente en los contornos de la independencia y la autonomía de los magistrados, abriéndose la necesidad «de asumir como propia la función de control de la magistratura en pos de garantizar la integridad, corrección y buen funcionamiento de la institución»²⁵³. Poderes del CSM italiano de los que, en todo caso, carecen sus homólogos holandés y español.

251. Por ej. ZAGREBELSKY, G., en «La responsabilitá...», *op. cit.*, pg. 416.

252. Por ej. SILVESTRI, G., *Giurisdizione e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, pg. 144.

253. PIVETTI, M., «Gli elementi...», *Quaderni...*, *op. cit.*, pg. 408 y 409. Pivetti constata esta realidad desde la perspectiva –similar a la que plantea ZANON– de que el CSM es, en puridad, un gestor administrativo autónomo. Sin embargo, no parece estar muy en contra de esta evolución. Y por cierto, que como el mismo autor señala, ésta es una competencia que el CSM no ha dejado de ejercitar. Y es que de hecho, como se señala en «Lo Stato...», NEPPI MODONA, G., *op. cit.*, pg. 442, en los últimos años han sido frecuentes los casos de magistrados señalados por voces, conexiones y sospechas que les relacionaban con ambientes y personas expuestos a influencias mafiosas, o incluso con «centros de poder político o económico, nacionales o locales, portadores de intereses en conflicto con la libertad y la autonomía de las funciones judiciales». En realidad, gran parte de las cuestiones de la justicia italiana, y muy especialmente las que se refieren al Ministerio Público, ya sean formales o materiales, teóricas o prácticas, tienen el trasfondo de la lucha contra la mafia y la corrupción política.

d. La independencia interna funcional

En el ordenamiento italiano no existe, dentro del sistema de competencias atribuidas a los distintos órganos judiciales, una indispensable competencia final o de cierre; no existe pues, «un único órgano habilitado a declarar en vía definitiva la voluntad del orden judicial»²⁵⁴. Por extraño que pueda parecer en Holanda y en España, en Italia ni existe dentro de la judicatura, ni tampoco en la fiscalía.

De nuevo es importante señalar en este apartado, los matices que diferencian a la judicatura y a la fiscalía. No puede ser de otra manera, pues haciendo referencia a la función que desarrolla cada magistrado a nivel interno, es evidente que acusar y juzgar son dos funciones totalmente diferentes. No obstante, en ambos cuerpos, lo que se trata de evitar es que la independencia de un magistrado resulte dañada por la actividad de otro magistrado.

En lo que se refiere a la judicatura, la St. 11/1999 de la Corte Constitucional ha admitido la posibilidad de que el juez de reenvío pueda no separarse del derecho establecido por la «*Corte di Cassazione*» en sentencia previa, pero sí suscitar ante la Corte Constitucional una cuestión de legitimidad sobre la interpretación de dicho tribunal. En opinión de ZANON, N. y BIONDI, F., eso excluye considerar a la Corte di Cassazione, como el órgano «*di chiusura*» al que se hacía referencia.

En lo que se refiere a la fiscalía, la ausencia de estas competencias y de órganos de cierre, supone la asunción de un poder difuso no organizado jerárquicamente en su seno. Es lo que ha dado en llamarse el «atomismo difuso» y su consecuencia directa es el problema de la «personalización» de funciones de la fiscalía italiana. Nos ocuparemos de ello más adelante, como cuestión muy relevante y realmente particular a nivel comparado.

2.2. El órgano de Gobierno de la magistratura italiana y los últimos debates constitucionales

2.2.1. «Il Consiglio superiore della magistratura»

Muchas han sido las menciones sobre el CSM –dada su importancia sobre el Ministerio Público– realizadas en el curso de lo que hasta el momento se ha venido analizando en este estudio. Procede ahora sistematizar su análisis y profundizar en un órgano del que puede afirmarse, como ha subrayado la doctrina, que «su papel, composición y especial posición constitucional,

254. ZANON, N. y BIONDI, F., *Diritto...*, *op. cit.*, 62.

conforma uno de los tratamientos distintivos que más caracterizan a la situación italiana, respecto a otros países»²⁵⁵. Éste es otro motivo por el que insistimos tanto en ello.

A modo recordatorio, procede transcribir lo que, según el propio CSM, define su posición constitucional, y que éste rescata del conjunto de la jurisprudencia de la Corte Costituzionale:

«se trata de un órgano que, si bien ejerce funciones objetivamente organizativas, no forma parte de la administración pública por cuanto permanece fuera del complejo organizativo cuya responsabilidad corresponde directamente al Gobierno del Estado o al de las Regiones».

Y dicha descripción continúa en los siguientes términos:

«... en lo que se refiere a las funciones atribuidas por la Constitución, el Consejo se ha definido como "un órgano de inequívoca relevancia constitucional". Estas funciones, definibles como de "administración de la jurisdicción" hacen referencia, en primer lugar, a la gestión del personal de la magistratura y se realizan a través los ascensos, las asignaciones y los traslados, las promociones y los procedimientos disciplinarios en relación a los magistrados. Por otra parte, hacen referencia [sus funciones] también a la organización de los órganos judiciales, así como al objetivo de asegurar y garantizar que cada magistrado, en el ejercicio de sus funciones, esté sujeto » "solo a la ley"»²⁵⁶.

Lo cierto es que la propia visión del CSM coincide en bastante medida con la definición antes analizada de ZANON, N. y BIONDI, F. —«*órgano con capacidad de gestión administrativa autónoma*»—, o de «*vértice organizativo*» —en los términos de PIVETTI— que parece ser el calificativo profusamente aceptado por la doctrina italiana. Aunque, desde luego, no faltan posicionamientos que lo definen como órgano de «autogobierno» de la magistratura; tampoco se carece de elementos de peso, como los que se derivan de ciertas competencias discrecionales y de su fuerte independencia y autonomía, para admitir que los poderes del CSM van un poco más allá de la estricta gestión administrativa autónoma. Aunque es evidente, como afirma PIVETTI, que en ningún caso, «el CSM gobierna la función judicial concreta desarrollada por los magistrados»²⁵⁷.

El CSM fue suprimido nada más comenzar el fascismo. Por ello, de

255. PIVETTI, M., «Gli elementi...», *Quaderni...*, *op. cit.*, pg. 401.

256. El CSM tiene su propia página Web: www.csm.it. En ella se puede encontrar abundante información, no obstante genérica, sobre la institución, el estatuto de los magistrados y la actualidad legislativa.

257. Como habíamos hecho referencia, el mismo Pivetti advierte esta situación, si bien, señala que «es reseñable que estas funciones de gobierno sufren una fuerte limitación por el hecho de no estar acompañadas de la autonomía presupuestaria de la magistratura: todo lo que se refiere a los medios económicos lo decide el Parlamento». PIVETTI, M., «Gli elementi...», *Quaderni...*, *op. cit.*, pg. 405. Y debe hacerse notar que la competencia no recae en el Ejecutivo.

forma similar al conjunto del capítulo constitucional, su previsión fue considerada, sino «la» garantía, una garantía fundamental de la tan pretendida y deseada independencia y autonomía de la magistratura²⁵⁸. De hecho, es el órgano encargado de hacerlas efectivas. No obstante, poniendo en evidencia una típica contradicción italiana, el nuevo CSM no fue creado hasta la Ley 195/1958 de 24 de marzo y el d.P.R. 16 septiembre 1958, n. 916, además de su reglamento interno, aprobado por el propio CSM²⁵⁹.

No cabe duda de que, en cuanto a la significación política del órgano y dadas las consecuencias del asociacionismo judicial, el artículo 104 CI referido a la composición del CSM²⁶⁰, se utiliza como caballo de batalla para las distintas argumentaciones, concepciones y significados que se manejan acerca del CSM²⁶¹. Una de las escasas argumentaciones indiscutidas es la que vuelve a incidir en su calidad de garante de la independencia de la magistratura del CSM, ya que no en vano se establece inmediatamente antes, en el mismo artículo, la previsión constitucional que afirma la independencia y autonomía de la magistratura «frente a cualquier otro poder». A partir de ahí, la presidencia del Consejo atribuida al Presidente de la República; la Vicepresidencia –presidencia efectiva en el día a día–; la elección de los miembros

258. Éste es otro lugar común de la doctrina italiana. Se afirma en numerosas ocasiones que «el complejo diseño constitucional dirigido a garantizar a los magistrados las más amplias garantías de independencia, se basa en el CSM»; NEPPI MODONA, G., «Lo Stato...», *op. cit.*, pg. 437.

259. Esta ley, como no podía ser de otro modo, ha sufrido muchas modificaciones; entre otras, las más actuales y a las que se hará referencia con posterioridad son: Legge 28 marzo 2002, n. 44 «*Modifiche alla legge 24 marzo 1958, n. 195 recante norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*»; Ley 12 abril de 1990, n. 74: «*Modifica alle norme sull sistema elettorale e sul funzionamento del CSM*»; Ley 48/2001 del 13 de febrero, sobre colegios electorales, a su vez modificada por el DL. 7 settembre 2004, n. 234 (in G.U. 8/11/2004, n. 211), convertito con la legge 5 novembre 2004, n. 262 (in G.U. 6/11/2004, n. 261). Por cierto que el mismo retraso sufrieron la Corte Costituzionale y la creación de los gobiernos regionales.

260. Dicho artículo establece. «*La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder.*

El Consejo Superior de la Magistratura estará presidido por el Presidente de la República.

Formarán parte del mismo, como miembros natos, el Primer Presidente y el Fiscal General del Tribunal Supremo.

Los demás componentes serán elegidos del siguiente modo: dos tercios por la totalidad de los magistrados ordinarios de entre los pertenecientes a las diversas categorías y un tercio por el Parlamento, en sesión conjunta, de entre los Catedráticos de Universidad en disciplinas jurídicas y abogados con quince años de ejercicio.

El Consejo elegirá un vicepresidente entre los componentes designados por el Parlamento.

Los miembros electivos del Consejo permanecerán en el cargo durante cuatro años y no serán inmediatamente reelegibles.

No podrán, mientras permanezcan en el cargo, estar inscritos en los registros profesionales ni formar parte del Parlamento de un Consejo regional.»

261. Valga asimismo aludir esta discusión, para extrapolar sus argumentos en relación a nuestro sistema, y especialmente para ayudar a dilucidar qué tipología de CGPJ se desea en España.

parlamentarios, establecida para la designación de expertos juristas independientes y mecanismo convertido en una suerte de reparto de poder político; el sistema electoral del Consejo, tan marcado por las asociaciones de magistrados, son todos ellos elementos que han dado lugar a una gran controversia y a dos modos fundamentales de entender el CSM.

El primero de ellos, surgido en los años setenta y de gran relevancia posterior con motivo de los escándalos políticos ocurridos a finales de los ochenta y principios de los noventa, propone un Consejo de dimensiones político-representativas. Tomando la garantía de la autonomía e independencia de la magistratura como punto de partida, se realiza una lectura más o menos extensiva de la norma constitucional, que desemboca en un auténtico poder de autogobierno de la magistratura y, consecuentemente, se coloca al Consejo en la cúspide de los órganos constitucionales. Además de cumplir con las funciones «administrativas» (art. 105 CI y ss.), el CSM estaría legitimado para adoptar iniciativas y expresar posicionamientos políticos en defensa de los valores de los que la Constitución le ha hecho garante²⁶². Esta función se realiza además con amplios márgenes de discrecionalidad, a través de instrumentos normativos propios (circulares, actos administrativos de contenido general, instrucciones, etc.) emitidos por razones de oportunidad política.

Los defensores de esta concepción procuran realzar dos cuestiones: la vocación representativa del Consejo y la disputa política existente en la magistratura. La primera, toma en cuenta la participación de Consejeros de legitimidad parlamentaria (uno de ellos será además Vicepresidente), extraídos sin duda como resultado de un enfrentamiento político que expresa la correlación de fuerzas parlamentarias existentes. Incluso, la presidencia atribuida al Presidente de la República puede reconducirse de este modo. La segunda y, más importante, se refiere a la propia competición política que se desarrolla en el seno de la magistratura con motivo de la elección, bajo un sistema electoral proporcional, de los 2/3 restantes de magistrados. La Magistratura, a través una fuerte estructura asociativa y con programas electorales claros, ve representados las distintas visiones o concepciones políticas que existen en su interior, y sus elecciones son resultado de las distintas tendencias y de las distintas concepciones que dominan la magistratura en cada momento.

El segundo de los modos de entender el CSM conlleva una idea más restringida de sus competencias y de su capacidad representativa. El CSM no

262. Una buena recopilación de estas concepciones en torno al CSM, así como de su antigua situación y acerca las polémicas siempre presentes, puede encontrarse en BARTOLE, Sergio, «Il Consiglio superiore della magistratura: due modelli a confronto», *Quaderni Costituzionali*, 1989, pgs. 427-447.

podría atribuirse competencias en una lectura expansiva de la Constitución porque existe una reserva absoluta de ley en todos los temas que se refieren a la magistratura. Y por tanto, si bien el CSM juega un papel fundamental en la salvaguardia de las garantías de la magistratura, no es éste un órgano representativo que pueda redimensionar sus competencias. El Consejo es un órgano de relevancia constitucional, pero no es, por ejemplo, autosuficiente (necesita de otros órganos para formarse) y los valores que debe defender, se realizan de mejor modo si, como ha puesto de relieve la doctrina, se establece una relación de cooperación con otros órganos estatales situados en el vértice del sistema, «antes que bajo el solipsismo de una reivindicación de responsabilidad exclusiva de la tutela e independencia por parte del CSM»²⁶³. La elección de miembros legos de extracción parlamentaria respondería también a este propósito, incluido el propósito de que la magistratura no sea un poder cerrado en sí mismo.

Lo cierto es que, los partidarios de esta segunda concepción, siendo, a nuestro juicio, mucho más acertados a nivel jurídico, ya que realmente no existe base legal para sostener la primera de las posiciones que hemos expuesto, van perdiendo la partida²⁶⁴. El propio BARTOLE, S., siendo muy favorable a una visión restringida del CSM constata, en referencia a la formación del CSM, que conviene repensar la disciplina de los procedimientos electorales para la formación del CSM, si con ello se está favoreciendo el «enfaticar la mencionada dimensión político-representativa del Consejo y si es con esta dimensión, con la que se relacionan las notables disfuncionalidades presentes en la actividad del Consejo»²⁶⁵. Y es verdad que mucho se ha escrito sobre ello, pero poco se ha hecho al respecto.

El legislador ha promovido numerosas reformas en la composición del Consejo, pero ninguna en realidad de gran calado y ninguna que pudiera

263. BARTOLE, Sergio, «Il Consiglio...», *Quaderni...*, *op. cit.*, pg. 428.

264. Existen numerosos artículos escritos en torno a finales de los años ochenta, que esperando una reforma del CSM, abogaron por esta concepción. Entre otros el propio BARTOLE, S. y también PIZZORUSSO, A., «Problemi definitivi e prospettive di riforma del CSM», *Quad. Cost.*, 1989, pgs. 471-487; o BESSONE, A., «Quale riforma per il Consiglio superiore della magistratura», *Foro italiano*, 1988, pgs. 63 y ss. PIZZORUSSO, por ejemplo, mantenía una cierta esperanza al constatar, por aquel entonces, que los intentos de reforma de la Magistratura habían dejado de centrarse en un retorno del Ministerio Público al entorno del Ejecutivo, para hacerlo en las posibilidades del Consejo. Una de las opciones que se barajaban a este respecto, era la elección de un tercio de los consejeros por parte del Presidente de la República. A PIZZORUSSO le parecía que estos consejeros no debían formar parte de la magistratura, proponiendo que ya que ésta iba a politizarse, fueran directamente personalidades conocidas por sus ideas políticas.

265. BARTOLE, Sergio, «Il Consiglio...», *op. cit.*, pg. 443.

eliminar la crítica de su «*politización*». Las dos reformas más importantes, tanto la L. 74/1990 que modificó el sistema electoral, como la L. 44/2002 que cambió su composición, decepcionaron en este sentido.

La primera mantuvo el sistema proporcional, así como el colegio electoral nacional. No hace falta realizar un examen muy detenido al respecto, para constatar que el sistema sigue favoreciendo las candidaturas de las asociaciones más fuertes de magistrados. La segunda, redujo el número de consejeros electivos a 24, estableciendo 8 de elección parlamentaria *membri laici* y 16 de elección entre los magistrados *membri togati* que, junto con los miembros natos, suman un total de 27 miembros actualmente. Nada de mayor relevancia en lo que se refiere a esta situación, ha variado.

Por otra parte, recordando la cuestión referida a sus competencias, sucede de forma similar a lo ya analizado con respecto a la composición. Es innegable que el CSM ha ido aumentando, sino directamente sus competencias, si al menos el alcance de la discrecionalidad con que las ejerce. Como sostiene parte de la doctrina, esta cuestión no es simplemente achacable a un afán de protagonismo del Consejo, sino también a la falta de una nueva legislación que sustituya a la ya muy obsoleta de 1941 referida a las garantías de la magistratura, viéndose el Consejo obligado a suplir muchas de sus lagunas. Así es, como consecuencia en gran parte sin duda, a lo que la doctrina ha calificado de «graves fenómenos de ilegalidad» que han venido caracterizando a la historia italiana en los últimos veinte años, «desde el terrorismo a la mafia y a las tramas corruptas entre sus asuntos, la política y la administración pública»²⁶⁶.

Las funciones del CSM pueden dividirse en dos tipos: administrativas y consultivas:

a) Las funciones administrativas

Entre estas primeras funciones se encuentran fundamentalmente las recogidas en el art. 105 CI, ya mencionadas, que se refieren a las admisiones, destinos y traslados, ascensos y medidas disciplinarias en relación con los magistrados. Asimismo las que recoge el art. 107²⁶⁷. Pero hay que mencionar

266. AA VV, «*Lo stato...*»; *op. cit.*, pg. 446. Falta de ley y de cumplimiento de la Constitución, que como ya hemos hecho notar, preveía que a los cinco años de su entrada en vigor se realizara una nueva ley (disposición transitoria. VII). La cuestión de la corrupción política ha dado siempre gran legitimación popular a la magistratura, lo que ha posibilitado una gran actividad política del CSM sin censura de la opinión pública, que incluso, la alienta y la demanda.

267. Art. 107 CI. «*Los magistrados serán inamovibles. No podrán ser destituidos ni suspendidos de servicio ni destinados a otros cargos o funciones sino en virtud de resolución del Consejo Superior de la Magistratura, adoptada por los motivos y con las garantías establecidas por el ordenamiento de la judicatura y con el consentimiento de los propios interesados*».

además que, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del citado artículo, corresponde al Ministro de Justicia «la facultad de incoar expedientes disciplinarios». Y asimismo que, «Sin perjuicio de las competencias del Consejo Superior de la Magistratura, corresponden al Ministerio de Justicia la organización y el funcionamiento de los servicios relativos a la justicia» (art. 110 CI).

La Ley 195/1958 sobre el CSM, haciendo sin duda una lectura restrictiva del modelo constitucional del CSM, establecía en su art. 11.1 que, en ejercicio de sus competencias, el CSM delibera a iniciativa del Ministro de Justicia²⁶⁸. No obstante, pronto esta situación de aparente «bilancio» de competencias –o compatibilidad de los arts. 105 y 110 CI– cederá en favor de mayor poder para el CSM. Mediante la Sentencia 168/1963, la Corte Constitucional estableció la inconstitucionalidad del artículo por vulneración de la autonomía del orden judicial, al impedir la deliberación de oficio del Consejo. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional admitió que la cooperación entre ambos órganos, respetando sus propias competencias, era perfectamente posible, correspondiendo al Ministro las referidas a la delimitación numérica de los órganos, con el fin de dotar de una mayor eficiencia al funcionamiento de los mismos, en lo que afecte a la actividad desarrollada y al comportamiento de sus miembros. De hecho, la iniciativa de la acción disciplinaria reside en el Ministro.

El resultado jurídico fue la modificación del citado artículo a través de la Ley 1198/1967, cuyo art. 5, prevé que el Ministro puede solamente formular peticiones para que el CSM se reúna. La pérdida de poder es notable.

El citado art. 11.3 establecía además, que sobre los nombramientos para los «uffici direttivi» –que podría equivaler a los jefes de sala, tanto del MP como de la judicatura– el CSM deliberaría sobre una propuesta formulada de acuerdo con el Ministro²⁶⁹. Este «equilibrio» de poderes tuvo mayor vocación de permanencia, aunque la St CC. 379/1992, aún retomando los argumentos de la citada St. CC. 168/1963 sobre la necesaria cooperación de ambos órganos, estableció que la noción «concerto» (acuerdo) era más «un vínculo de método que de resultado», pudiendo a la postre el Consejo, en su deliberación, superar la negativa del Ministro al nombramiento, siempre que el Consejo cumpliera con el deber de «motivar adeguadamente la propria elezione, así como hacer referencia a las valoraciones y a los argumentos esgrimidos en sede de

268. Ley 195/1958 art. 11.1: *Nelle materie indicate al n. 1 dell'art. 10 il Consiglio superiore della magistratura delibera su richiesta del Ministro di Grazia e Giustizia.*

269. Ley 195/1958 art. 11.3: *Sul conferimento degli uffici direttivi... il Consiglio delibera, su proposta, formulata di concerto col Ministro per la Grazia e Giustizia, di una commissione formata da tre dei suoi componenti, di cui due eletti dai magistrati, e uno eletto dal Parlamento.*

propuesta»²⁷⁰. De nuevo, gran parte del poder decisorio se redimensiona en pro de mayor discrecionalidad por parte del CSM; y hay que reseñar que parte de la doctrina no lo ha pasado por alto, al subrayar que las acusaciones de politización del CSM han encontrado su fundamento en una praxis corrompida de lucha político-clientelar, «especialmente en el tema de los nombramientos de los magistrados jefes de los principales órganos judiciales», en la que la valoración y designación de los candidatos no se realiza en función de criterios de idoneidad y capacidad profesional, sino por su pertenencia a una u otra de las corrientes en «las que se divide la magistratura o el área política de referencia»²⁷¹.

Respecto a las competencias en materia disciplinaria, sucede algo muy parecido. De nuevo es el Ministro quien tiene la competencia para iniciar el expediente disciplinario –también el Fiscal General de la «*Corte di Cassazione*» puede hacerlo, de conformidad con lo establecido en el art. 10.3 L. 195/58– y el CSM la tiene para resolverlo. Esta norma presenta dos grandes problemas: en primer lugar, la norma no prevé ninguna tipología de actos punibles ni de sanciones posibles. Esta falta de previsión ha sido sustituida –como no podía ser de otra manera– por criterios y actos normativos internos del CSM²⁷². En este sentido, la discrecionalidad y libertad con las que puede moverse el CSM –sin estar sometido a ningún criterio legal– son muy amplias; por supuesto, algunos autores dudan de la constitucionalidad de la norma²⁷³. En segundo lugar, ya lo hemos hecho notar, porque el CSM ha suplido su falta de iniciativa disciplinaria mediante el procedimiento administrativo interno, utilizando criterios auto-atribuidos, de «*trasferimento di ufficio per incompatibilità ambientale*». Además, habría que añadir el poder de investigación «*inchiesta*» sobre los órganos judiciales que lleva parejo este procedimiento. Con anterioridad, habíamos llamado también la atención acerca del significado de este instituto, que verdaderamente y como ha puesto de relieve PIVETTI «ha trasformato notabilmente la concepción de autogobierno» de la Magistratura²⁷⁴.

Por último, debemos añadir dos poderes del CSM, que si bien pueden

270. En resumen, el artículo fue duramente interpretado como «una expresión de la voluntad del Ejecutivo de reapropiarse del poder de nombramiento de los cargos de dirección reservado por la Constitución como competencia exclusiva del CSM». NEPPI MODONA, G., «Lo stato...», *op. cit.*, pg. 448.

271. «Lo Stato...», *op. cit.*, 446.

272. Que el CGPJ tiene mucha discrecionalidad o que el laxo y ambiguo régimen disciplinario de jueces y magistrados está en la palestra de la discusión hoy en día, ha podido comprobarse a través del «caso Mari Luz» y la posterior sanción al juez Tirado. Por ejemplo, ver Diario «El Mundo» del 14 de octubre de 2008.

273. Por ejemplo, ZANON, N. y BIONDI, F., *op. cit.*

274. PIVETTI, M., «Gli elementi...», *op. cit.*, pg. 409.

considerarse verdaderamente administrativos, no por ello dejan de ejercer una gran influencia tanto en la configuración, como en las tendencias y posicionamientos de la magistratura.

En cuanto a la primera de las atribuciones, de nuevo por una despreocupación del legislador, el CSM ha sido el único encargado de hacer cumplir el principio del juez predeterminado por la ley y bajo esta cobertura jurídica, ha tratado de determinar los criterios para la asignación de tareas y procedimientos a los magistrados dentro de los órganos judiciales. Tarea que ha ejercido, desde luego, con cierta discrecionalidad y que, no siendo una función prevista en el art. 105 CI, ello no ha representado un obstáculo para que el CSM se auto-atribuyera la función que, como ha venido subrayando la doctrina, representa –en suma– la forma en la que el propio CSM «ha interpretado su propio rol»²⁷⁵.

Y respecto a la segunda potestad, el legislador previó (r.d. 1946) que los criterios para el nombramiento de los magistrados, en caso de concurrencia de candidaturas, serían los de antigüedad (*anzianità*), aptitudes y méritos²⁷⁶. Lo que una vez más no hizo, fue establecer los modos de valoración de los mismos, los criterios de prioridad o ninguna regla del estilo. El CSM puede, por tanto, valorar con libre discrecionalidad, siempre con motivación, evidentemente, la aplicación del criterio que considere más conveniente para cada situación. PIVETTI no niega que este tipo de decisiones son entonces en cierta medida «*politiche*» pues están determinadas por la dirección que se quiera dar a la Magistratura en cada momento. No puede dudarse de que, a través de estas competencias, el CSM «ha desarrollado una función propulsora y de guía»²⁷⁷.

b) Las funciones consultivas

El art. 10.6 de Ley 195/1958 prevé que el CSM pueda enviar propuestas al Ministro «*sobre modificaciones de las circunscripciones jurisdiccionales y sobre todas las materias en relación a la organización y funcionamiento de los servicios relativos a la justicia*». Y asimismo emite su parecer al Ministro «*sobre los diseños de leyes referidos al ordenamiento judicial, la administración de la justicia y sobre cualquier otro objeto referido a las mencionadas materias*».

Desde una perspectiva comparada, ésta es sin duda una función típica de esta clase de órganos. El problema parece ser que, en realidad y muy

275. PIVETTI, M., «Gli elementi...», *op. cit.*, pg. 406.

276. La Ley núm. 111 de 30 de julio, 2007 de *Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario*, ha introducido las últimas reformas sobre la carrera y la organización judicial (cargos, categorías etc.) Su art. 11: pruebas para el ascenso en la carrera judicial, es una buena muestra de que la *anzianità* sigue siendo el criterio fundamental.

277. PIVETTI, M., «Gli elementi...», *Quaderni...*, *op. cit.*, pg. 407.

frecuentemente –como subraya la doctrina– el CSM, en el ejercicio de su función y en tensión con el Ministro, se dirige al Parlamento y/o a la opinión pública, lo que sin duda sirve para reforzar la función «político-representativa de las orientaciones político-culturales de la magistratura», siendo considerable por tanto «la capacidad de influencia que dicha institución consigue ejercer sobre el parlamento». En este sentido, la doctrina subraya como el CSM ejerce no obstante también en esta cuestión, «una función de vigilancia contra intervenciones que puedan reducir la independencia de la magistratura»²⁷⁸.

Una última función del CSM no recogida en la ley, pero relevante –cuantitativa y cualitativamente– es la que dicho órgano realiza en sus respuestas a las cuestiones suscitadas por los magistrados sobre materias del ordenamiento judicial. Cuestiones que, por supuesto, en una auto-limitación del Consejo, no pueden referirse a interpretaciones sustantivas de ley –el CSM carece de jurisdicción alguna– ni a modos y contenidos sobre el ejercicio de la jurisdicción. No obstante, como viene subrayando la doctrina, la repuesta a estas cuestiones ha sido uno de los principales instrumentos a disposición del Consejo para ejercer su papel directivo de la organización de la justicia, siendo además uno de los principales instrumentos que asimismo tienen a disposición los magistrados para obtener, por parte del Consejo, el reconocimiento y defensa de sus propias prerrogativas de autonomía e independencia en las disputas con los jefes de los órganos judiciales²⁷⁹. Por ejemplo, el Consejo, a través de este instrumento, clarificó la relación entre el mayor rango del fiscal de la República, respecto al Fiscal Sustituto y la autonomía de este último. Tendremos ocasión de volverlo analizar más adelante.

c) La revisión de los actos

Frente a todos estos poderes, el límite más importante a la autonomía del CSM es la posibilidad de revisión de sus actos²⁸⁰. El art. 17.2 de la Ley 195/1958 establece que los actos del CSM²⁸¹ que se refieran a los magistrados

278. PIVETTI, M., «Gli elementi...», *Quaderni...*, *op. cit.*, pg. 409.

279. Como afirma Pivetti, «en realidad, gran parte del modo de ser concreto de la organización judicial y de las modificaciones realizadas con respecto al pasado... es de hecho el resultado global de este continuo dialogo entre los magistrados y el Consejo». PIVETTI, M., «Gli elementi...», *Quaderni...*, *op. cit.*, pg. 410.

280. ZANON, N. y BIONDI, F. ven también límites a la autonomía del CSM en las reducidas capacidades del Ministro, en la necesidad del Decreto presidencial, en el refrendo del Ministro o en la deliberación colegiada del propio CSM. A nuestro juicio, y teniendo en cuenta los argumentos analizados, estas cuestiones no pueden percibirse más que como un límite de carácter formal. Consideramos que el control jurisdiccional de sus actos es el único límite en sentido material.

281. Actos que adoptan la forma de Decreto del Presidente de la República (d.p.r.) con refrendo del Ministro y en algunos casos por decreto ministerial; su adopción como decreto es «un mero acto de integración de la eficacia». ONIDA, V., «La posizione...», *Magistratura...*, *op. cit.*, pg. 23. Y en este sentido se pronuncia también la Corte Constitucional en la St. 379/1992.

serán recurribles ante el Consejo de Estado por motivos de legitimidad. Según la Ley 74/1990, la competencia en primer grado para conocer de este recurso corresponde al «*Tribunale amministrativo regionale del Lazio*» y, en segunda instancia, al Consejo de Estado. La «*Corte Costituzionale*» tuvo la oportunidad de considerar la constitucionalidad del artículo, primero en la St CC. 44/1968, reafirmando después la constitucionalidad del mismo en la posterior St CC. 419/1995. Dos ideas fundamentales se extraen de esta jurisprudencia: en primer lugar, que la imposibilidad de recurrir las decisiones del CSM supondría una vulneración del art. 24 CI (derecho a la tutela judicial efectiva) y, en segundo lugar, que los actos del CSM como actos administrativos, son revisables bajo el principio constitucional de legalidad de la acción administrativa.

Además, el ya citado art. 17.3 de la Ley 195/1958, prevé que «contra los procedimientos en materia disciplinaria, se admite el recurso ante la sección en pleno de la Corte Suprema de Casación. Como establece el citado artículo, el recurso *«tendrá efecto suspensivo sobre el procedimiento impugnado.»*».

2.2.2. «*Il progetto della Bicamerale*»

El 4 de noviembre de 1997, la Comisión parlamentaria bicameral formada en virtud de la Ley de 24 de enero de 1997, transmitió a las cámaras el «Proyecto de revisión constitucional». Proyecto que fue después congelado en junio de 1998 –y nunca retomado de manera conjunta–, habiendo sido implementadas por el legislador muy pocas de sus sugerencias. No obstante, un breve repaso a lo que aquel documento establecía en cuanto a posibles reformas del Título IV, puede resultar pertinente a la hora de identificar los problemas y proponer las soluciones que los propios legisladores consideraron, en referencia a la configuración constitucional de la Magistratura. Dado sobre todo, que esos problemas permanecen.

Las cuestiones que con motivo de dicha reforma se afrontaron, fueron fundamentalmente las de unidad o pluralidad de la jurisdicción; la posición constitucional del ministerio público; la obligatoriedad de la acción penal; el estatuto de los magistrados y, finalmente, la estructura y competencias del órgano de «autogobierno» de la magistratura.

Pero lo cierto es que tanto la citada Comisión mixta como el texto encomendado, tuvieron que soportar una serie de problemas graves. Igual que había sucedido en la Comisión constituyente, el acuerdo y el consenso sobre los principios que debían quedar plasmados se transforma en una absoluta división «con posiciones radicalmente antitéticas» en el momento de concretarlos. Y es a partir de estas divergencias de fondo, como se ha subrayado por la doctrina, donde se encuentra la causa de las soluciones de compromiso

adoptadas por la Comisión, en detrimento de la claridad y linealidad de los pretendidos principios²⁸². Además de que existan, como asimismo se ha puesto de relieve, «razones contingentes –ligadas a los sucesos que han tenido como protagonista a alguna de las Fiscalías de la República en el período de crisis del sistema político– cuya interpretación ha servido de inspiración del proyecto y de las correspondientes posiciones políticas». Pero como sucede casi siempre, las razones de cualquier crisis de la administración de justicia «son todo menos contingentes» y ello explica asimismo «la falta de adecuación de las soluciones proyectadas»²⁸³.

Puede ser debido a todo ello por lo que la doctrina italiana, al analizar la proposición elevada a las Cámaras subrayó la impresión de estar delante no tanto de un texto constitucional, sino de una ley sobre la organización judicial o de un código deontológico de la magistratura, incluso «de una serie de criterios directivos de una hipotética ley de bases, para la aprobación de un nuevo código de proceso penal, dirigida a crear un abstracto modelo procesal»²⁸⁴.

Examinemos por consiguiente las cuestiones más relevantes que, desde la perspectiva del estudio que nos hemos propuesto realizar, pueden contribuir a la mejor comprensión de las ideas que caracterizan a la Constitución y a la doctrina italiana.

i. La unidad de la función jurisdiccional

Como anteriormente habíamos hecho notar al compararse directamente con el caso español, la jurisdicción italiana –del mismo modo que la holandesa– no es unitaria²⁸⁵.

La jurisdicción ordinaria queda regulada en el art. 102 CI –penal y civil–, mientras que la administrativa se ubica en el siguiente art. 103 CI, además de establecerse jurisdicciones especiales²⁸⁶. Los magistrados de estas jurisdic-

282. En ese sentido se precisa que «En algunos casos, las propuestas se resienten de manera muy evidente de las grandes polémicas que desde hace años marcan la relación entre el poder político y la magistratura, así como de los desencuentros suscitados por las iniciativas judiciales de relevancia política». Carecen por tanto de la pausa que debería acompañar a las reformas de alcance constitucional NEPPI MODONA, G., «Lo Stato...», *op. cit.*, pg. 459.

283. CARETTI, Paolo (coord.), *La riforma della costituzione nel progetto bicamerale*, CEDAM, 1998, pg. 282.

284. NEPPI MODONA, G., «Lo Stato...», *op. cit.*, pg. 460.

285. Lo mismo sucede en Holanda, que como ya hemos analizado, fue incluso compelida a cambiar su proceso administrativo pues no se trataba de una jurisdicción con todas las garantías de independencia.

286. Art. 102 CI: *La función jurisdiccional será desempeñada por magistrados ordinarios instituidos y regulados por las normas relativas al ordenamiento judicial.*

Art. 103 CI: *El Consejo de Estado y los demás órganos de la justicia administrativa tendrán jurisdicción para la protección frente ala Administración Pública de los intereses legítimos y, en ciertas materias que la ley indique, asimismo para la de los derechos subjetivos.*

ciones tienen garantizada su independencia, si bien de modo diverso a la magistratura ordinaria²⁸⁷ pues no comparten sus mismos órganos jurisdiccionales –disponibles para el legislador²⁸⁸–, ni son administrados por el CSM, tendiendo un recuso casación más limitado²⁸⁹. Todo ello al amparo de un mandato constitucional que garantiza en cualquier caso –limitando mucho al legislador– la protección jurisdiccional contra los actos de la administración²⁹⁰.

Sin duda se quiso dar solución al «viejo y tormentoso problema» de la unidad de la jurisdicción, con el fin de poner remedio a la situación entonces vigente de «profunda desarticulación de la función jurisdiccional»²⁹¹. De hecho, en el proyecto se denota «una implantación general [de elementos] que tienden a hacer converger en una cultura común de la jurisdicción, la función de juez ordinario y de juez administrativo, gracias también a la previsión de un reparto competencial en el que éstas se atribuyen la "justicia administrativa sobre la base de materias homogéneas indicadas en la ley y que hacen referencia al ejercicio de poder público"»²⁹².

El proyecto afirmaba además sin ambages, la unidad de la función jurisdiccional (art. 118 del Proyecto Bicameral-PB) y creaba en su art. 121 un CSM idéntico para el orden administrativo equiparando el sistema de ingreso y las garantías a los magistrados administrativos con los ordinarios, sometiendo al mismo régimen disciplinario²⁹³.

Por último, hay que resaltar además que el texto mantuvo –hasta la úl-

El Tribunal de Cuentas tendrá jurisdicción en las materias de contabilidad pública y en las demás que la ley determine.

Los tribunales militares en tiempo de guerra tendrán la jurisdicción establecida por la ley. En tiempo de paz tendrán jurisdicción únicamente para los delitos militares cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas.

287. Art. 108 CI: *Se establecerán mediante ley las normas orgánicas de la judicatura y aplicable a cualquier tipo de magistratura.*

La ley garantizará la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, del Ministerio Fiscal destinado ante ellas y de los terceros que participen en la administración de justicia.

ZANON, N. y BIONDI, F. realizan también un amplio repaso de las garantías de estos magistrados de las jurisdicciones especiales; ZANON, N. y BIONDI, F., *Diritto...*, op. cit., pgs. 74 y ss.

288. Art. 113.3 CI: *La ley especificará los órganos jurisdiccionales con facultad para anular los actos de la Administración Pública en los casos y con los efectos previstos por la ley misma.*

289. Art. 111.8 CI: *Contra las resoluciones del Consejo de Estado o del Tribunal de Cuentas se dará recurso de casación únicamente por los motivos inherentes a la jurisdicción.*

290. Art. 113.1 y 2 CI: *Contra los actos de la Administración Pública se dará siempre la protección jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante cualesquiera órganos judiciales ordinarios o administrativos.*

Dicha protección jurisdiccional no podrá quedar excluida o limitada a medios determinados de impugnación o para determinadas categorías de actos.

291. NEPPI MODONA, G., «Lo Stato...», op. cit., pg. 446.

292. Art. 119 Progetto Bicameral-PB.

293. Véase al respecto art. 124 PB, así como arts. 120, 122, 123 y 125 PB.

tima reunión de la Comisión— la previsión referida a la necesaria participación del fiscal, a iniciativa de los jueces administrativos, para conocer «de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos en materia de contabilidad pública y en las demás materias que determine la ley»²⁹⁴ Finalmente, el ponente de la última sesión, el diputado Boato, decidió eliminarla, argumentando que «no procedía predeterminar o "preconstituir" en la Constitución, la existencia de un ministerio *ad hoc* en la jurisdicción administrativa»²⁹⁵. La sugerencia se aceptó y la citada mención fue suprimida.

ii. *La acción penal*

Muchas discusiones —que tendremos ocasión de reflejar desde distintas perspectivas— se remiten a la obligación absoluta de ejercitar la acción penal ante cada *notitia criminis* por parte del Ministerio Fiscal. Nadie duda de que, paradójicamente, semejante obligación crea a la postre un marco de discrecionalidad muy amplio. La independencia del fiscal acaba asociada precisamente a esta obligación. El art. 112 CI, en analogía de la previsión establecida en el art. 101 —sujeción de los jueces sólo a la ley—, establece una fiscalía irresponsable totalmente libre de organizar las causas según sus propios y únicos criterios. Esta discrecionalidad ha estado siempre en tela de juicio, pero parece difícil de superar cuando de ello se cree depende su independencia, o lo que es lo mismo, su no «instrumentalización» por el ejecutivo. Partiendo de un debate que se plantea en términos tan polarizados y confusos en su terminología, parece lógico que ésta haya sido la parte del proyecto que ha presentado las soluciones más divergentes²⁹⁶. Lo cierto es que la Comisión hizo algunas maniobras para paliar esta situación, manteniendo intactos otros principios: el más importante, la pertenencia del Ministerio Público a la magistratura ordinaria, como expresión de la «cultura común de la jurisdicción» a la que nos referíamos antes y que la Comisión, en este contexto, quiso fomentar.

Por un lado, la Comisión eliminó la relación entre la obligación de ejercer la acción penal y la independencia con un nuevo artículo (art. 117 PB) que encabeza el Título referido a la Magistratura:

«La justicia se administra en nombre del pueblo.

Los jueces están sujetos exclusivamente a la ley.

294. Tal y como estaba redactado en el art. 119 del PB

295. AA VV, *La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, CEDAM, 1998. Esta obra contiene una magnífica recopilación de todos los textos, debates y modificaciones que fueron sucediéndose en las distintas sesiones de la Comisión hasta llegar al texto y al articulado definitivo que fue presentado a las Cámaras y que es el que se reproduce aquí.

296. AA VV, *La Commissione...*, *op. cit.*, pg. 346.

Los magistrados del ministerio público son independientes de cualquier otro poder y gozan de las garantías establecidas para ellos en las normas sobre el ordenamiento judicial. Tales normas aseguran además la coordinación interna del órgano de la fiscalía y la coordinación, donde sea necesario, de la actividad investigadora entre los órganos del ministerio público.»

Independencia que, como puede constatarse, aparece además matizada y dotada de unas garantías que pueden separarse de las de la judicatura, en aras de una mejor coordinación interna. Se relaja por tanto, no tanto su independencia externa pero sí la interna²⁹⁷.

La acción penal también ha variado. En este sentido el art. 132 del PB establece que «*El ministerio público tiene la obligación de ejercer la acción penal y con tal fin pone en marcha las indagaciones cuando tiene noticia de un delito*».

La diferencia con el texto actualmente vigente es muy importante. Bajo este precepto el poder de investigación del Ministerio público viene limitado a aquellos casos en que el órgano de acusación conozca de una noticia de delito «cualificada» (esto es, una denuncia formal o querella o una noticia presentada por la policía judicial); consecuentemente el Ministerio Fiscal no podría ya proceder, como la doctrina señala que hacía entonces «a abrir indagaciones por iniciativa propia y estaría condicionado, salvo los casos de denuncia o querella, a la iniciativa de la policía judicial que continuaría dependiendo del Gobierno»²⁹⁸.

Además, el Ministro de Justicia, según establece el art. 128, último párrafo del PB «*informa anualmente a las Cámaras del estado de la justicia, sobre el ejercicio de la acción penal y sobre los medios de investigación*». No cabe duda de que esta última redacción implica necesariamente que el Ministro ejerza cierta forma de control sobre el Ministerio Público y, precisamente, sobre su relación con la policía judicial. Desde luego, el modo en que la fiscalía maneje los asuntos de su conocimiento estará mucho más al alcance del Ministro. Si no fuera así, ¿cómo podría rendir cuentas a las Cámaras? Si la Corte Constitucional y el CSM inclinaron la balanza hacia una mayor independencia de la magistratura, el proyecto pretendió de manera evidente volver a lo que tal vez era el sentido original de la ley de 1958 sobre el CSM.

iii. La separación de la carrera

Íntimamente ligado a lo que acabamos de reseñar, se encuentra la sepa-

297. ZANON, N. observa en el vigente art. 107.4—*El Ministerio Fiscal gozará de las garantías establecidas para él por los preceptos orgánicos de la judicatura*— esa misma posibilidad de que el MF se separe de la Judicatura. Una cuestión que será analizada más adelante, pero es una posibilidad que compartimos, aunque en el caso del Proyecto Bicameral se llega a esta interpretación más fácilmente en virtud de una interpretación sistemática. ZANON, Nicolo, *Pubblico Ministero e Costituzione*, CEDAM, 1996.

298. NEPI MODONA, G., «Lo Stato...», *op. cit.*, pg. 461.

ración de la carrera. Para el Proyecto de la Bicameral, resultaba difícil modificar la configuración constitucional del Ministerio público si no se le separaba de la magistratura, respecto de la que cualquier menoscabo de su fuerte independencia, quedaba fuera de cualquier hipótesis, a la que lleva equiparada tanto tiempo²⁹⁹.

Pero la separación que propuso la Comisión no pretendía tanto una separación orgánica y formal como una correcta separación de funciones. Y se planteó de diversas maneras. En primer lugar, distinguiendo a lo largo de todo el texto entre todos los tipos de magistrados. Por ejemplo, cabe citar el art. 125.1: «*I giudici ordinari e amministrativi e i magistrati del pubblico ministero sono inamovibili*»³⁰⁰. Por otra parte, el art. 124 afirmaba:

«El nombramiento de los magistrados ordinarios y administrativos tendrán lugar a través de concurso, previas prácticas.

Todos los magistrados ordinarios ejercerán inicialmente funciones jurisdiccionales por un período de tres años, al término de los cuales el CSM de la magistratura ordinaria les asignará el ejercicio de funciones jurisdiccionales o investigadoras, previa valoración de idoneidad.»

Por lo tanto, la propia redacción del art. 124 del citado Proyecto, que regula el ingreso en la carrera hace hincapié en la diferencia de funciones y no de cuerpo orgánico. Hay que señalar aquí que según el proceso penal italiano, la instrucción pertenece al fiscal. Es por ello, que el texto hace referencia a la función investigadora³⁰¹.

En tercer lugar, si bien la reforma encomendada siguió estableciendo un único concurso público para el ingreso en la magistratura, el paso de una carrera a otra podría realizarse sólo mediante concurso cerrado –interno– y,

299. Y a la cual, volvemos a insistir, tanto contribuye el CSM y su significado político.

300. No consideramos que sea necesario su traducción. Lo que sorprende, claro está, es la garantía de inamovilidad atribuida al fiscal.

301. En este caso, en aras de una mayor precisión incluimos el texto original: «*Le nomine dei magistrati ordinari e amministrativi hanno luogo per concorso e previo tirocinio. Tutti i magistrati ordinari esercitano inizialmente funzioni giudicanti per un período di tre anni, al termine del quale il Consiglio superiore della magistratura ordinaria li assegna all'esercizio di funzioni giudicanti ovvero inquirenti, previa valutazione di idoneità*». Hay que hacer notar que la distinción común en la literatura italiana es la de «*magistratura giudicanti*» frente a la «*magistratura requirente*». Sorprende mucho la inclusión aquí de la función «*inquirenti*» –investigación– un término muy ligado a la investigación inquisitoria (tanto en italiano como en español). Cabe suponer que la Comisión pensó que la «*magistratura requirente*» ejercía una función «*inquirenti*». Además, no caracteriza bien la función del fiscal, que es propiamente la función de acusar, pues el hecho de que la instrucción esté atribuida al fiscal y no al Juez de Instrucción, es una cuestión, o fue una cuestión, legislativa. Se nos ocurre que la Comisión pudo pretender precisamente consolidar el nuevo procedimiento penal (1988) acusatorio. No obstante, no hemos encontrado referencia a ello en la literatura italiana especializada, sino que incluso en realidad en muchos textos está confundido y queda escrito «*requirenti*». No así en el texto oficial.

tal y como se establecía en el art. 124, apartado 3, sólo para otra sede de distinto partido judicial de la que se hubiera estado ejerciendo la función previa. Ello suponía elevados recursos económicos disponibles, con el consiguiente cambio de residencia, así como grandes costes laborales puesto que, en el concurso, el magistrado se presenta sin haber ejercido nunca la función que pretende, frente a otros posibles candidatos ya fiscales o jueces. Por tanto la plaza a la que se pretende acceder, difícilmente podría ser de mucho nivel.

La vía intermedia de compromiso elegida por la Comisión continuaba por tanto equiparando a los dos tipos de magistrados, aunque haciendo muy difícil la superposición de funciones. Como afirma la propia Comisión, «se pretendía preservar la cultura de la jurisdicción, pero dentro de la distinción de los diversos roles que el juez y el ministerio público ejercen en el ámbito del ordenamiento judicial»³⁰².

iv. *El autogobierno de la magistratura*

Como consecuencia de los cambios anteriormente reseñados, la Comisión propone un nuevo sistema de «autogobierno» que trata de dar salida a los nuevos objetivos fijados sobre la magistratura. Pero lo cierto, es que al hacerlo de manera acumulativa, deviene en un sistema mucho más complejo y difuso.

La «separación de las carreras» o más bien la distinción de funciones entre fiscales y jueces, y al mismo tiempo la «cultura de la jurisdicción», tienen su reflejo en la creación de dos salas distintas dentro del CSM; una dedicada a los asuntos de la judicatura y la otra «a los magistrados del ministerio público» (art. 120 PB)³⁰³.

Cada sección se ocuparía, tal y como se recoge en el art. 121 del PB «*de las funciones administrativas relativas a los cursos de actualización profesional, los traslados, las promociones y las relativas asignaciones de los jueces ordinarios, de los magistrados del ministerio público y de los magistrados administrativos respectivamente*». Mientras que, según continúa este mismo artículo, el «*Consejo superior de la magistratura ordinaria en sesión plenaria y el Consejo superior de la magistratura administrativa ejercitan las funciones administrativas relativas al ingreso, la*

302. AA VV, *La Commissione...*, op. cit., pg. 287.

303. La creación de dos secciones en el seno del CSM fue eliminada en la última sesión de la Comisión, pretendiendo dejar esta cuestión a elección del legislador. Sin embargo, en la votación final, resultó aprobado el texto de anteriores sesiones que efectivamente así lo establecía. El ponente de aquella sesión, el senador Boato, que había sido quien había eliminado la distinción, se abstuvo en la votación con el fin de evidenciar cómo la discusión sobre el tema «había ido mucho más allá de la norma, sobrecargándola de significados que la misma no puede tener». AA VV, *La Commissione...*, op. cit., pg. 392.

preparación y la asignación a las dos funciones diversas y a los consecuentes traslados de los jueces ordinarios y los magistrados del ministerio público y de los jueces administrativos».

Como puede notarse, se ha creado además un nuevo Consejo superior dedicado exclusivamente a la magistratura administrativa (art. 120.2 PB). Consejo absolutamente simétrico al ordinario, si bien, como es lógico, no dividido en secciones. La dispersión de órganos jurídicamente relevantes es evidente: existen bajo esta regulación, dos Consejos, dos secciones, cuatro miembros natos, tres presidentes –el de los Consejos, que continúa siendo el Presidente de la República y el de cada sección– y dos vicepresidentes –uno para cada Consejo–. Todos ellos se constituyen además como órganos de previsión constitucional, no disponibles por el legislador. Lo cierto es que, después de la afirmación tajante sobre la unificación de la jurisdicción, a nuestro modo de ver, resulta un poco sorpresivo que se cree un nuevo Consejo para la jurisdicción administrativa y no se opte por un Consejo que agrupe en su seno a todos los magistrados, al modo, por ejemplo, del Consejo General del Poder Judicial español (en adelante CGPJ). Suponemos que se trata de un último poso que acompaña a una tradición demasiado asentada que considera a la jurisdicción administrativa como una jurisdicción «especial», por la implicación del poder público.

En cuanto a la búsqueda de una nueva relación entre la magistratura y el poder político, dirigida a reasentar un equilibrio que, como hemos analizado en el caso italiano, ha ido decantándose en los últimos años a favor siempre de una mayor independencia de la magistratura, sin intervenir en ella a nivel singular, la balanza se inclina ahora a favor del poder político, o en realidad, más concretamente, en detrimento de un CSM cada vez más poderoso, «entrometido» y politizado.

A la dispersión de órganos y, por tanto, de poderes, se añade una nueva composición de ambos Consejos con una disminución de los miembros togados –de 2/3 a 3/5– y un aumento de los miembros electivos –de 1/3 a 2/5– (art. 120 PB). Además, a los CSM se les despoja de muchos de sus poderes tradicionales: las facultades de inspección de la magistratura son, en virtud de lo dispuesto en el art. 128, reconocidas en exclusiva al Ministro de Justicia, prohibiéndoseles expresamente la adopción de actos de «*indirizzo politico*» (art. 121) constante punto de conflicto. Y sobre todo, se les excluye tanto del ejercicio de la acción disciplinaria como de su capacidad resolutoria.

Por si faltaran nuevos órganos, se añaden ahora dos más. El proyecto previó una Corte de Justicia para la magistratura con capacidad exclusiva de resolución de todas las acciones disciplinarias suscitadas en el seno de todos

los órganos correspondientes (art. 122) y un Fiscal general independiente, elegido por el Senado con mayoría cualificada de 3/5, encargado de ejercerla de oficio, o a petición del Ministro, del Fiscal General del Tribunal Supremo, o de los respectivos Consejos (art. 123).

Esta es la única competencia en materia disciplinaria que permanece. Puede apreciarse claramente cómo los poderes de control del Ministro se han visto incrementados en gran medida –debe recordarse la novedad de su facultad de control, aunque tibia, sobre el ejercicio de la acción penal– mientras que las funciones de los Consejos, puede afirmarse, han quedado restringidas, ahora sí, efectivamente, al plano administrativo.

Por último, en la misma línea de evitar la politización de la magistratura y al objeto de poner freno a una situación muy común en la vida política italiana, el intercambio de funciones políticas y jurídicas, se establece expresamente la incompatibilidad de todos los magistrados respecto de cualquier otra tarea a realizar durante el ejercicio de su cargo, así como la prohibición de presentarse en listas electorales de la misma circunscripción en donde se hayan ejercido funciones en los últimos cinco años (art. 125). Entendemos que se refiere a todas las regiones en que se hayan ejercitado funciones, sea por el período que sea, en los últimos cinco años. Con lo que se ampliaba en gran medida el régimen de incompatibilidades aplicable a los magistrados con respecto a la Constitución vigente y que tuvimos ocasión de abordar al principio de este trabajo.

v. Las normas procesales. El art. 111 del Proyecto Bicameral

Frente a la parquedad holandesa, habíamos ya mencionado la amplia dedicación de la Constitución italiana a los principios y garantías del «giusto processo»³⁰⁴. No obstante, no siempre había sido así. El único cambio constitucional que sí se produjo efectivamente en el título que hemos venido analizando, fue el que se introdujo en el art. 111 CI.

La Ley n. 2 de 23 de noviembre de 1999, introduce grandes cambios en la disposición constitucional³⁰⁵, pero había sido el «*Progetto della Bicamerale*»

304. Sobre la evolución de este concepto en el derecho italiano puede verse SPADEA, Giovanni, «Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano», *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp.*, 2000.

305. Lo que venía a colmar una laguna constitucional muy señalada por la doctrina. El antiguo artículo de la CI que coincide con los actuales párrafos 6, 7 y 8 de la Ley citada, se ocupaba exclusivamente de los procedimientos jurisdiccionales y de su impugnación, «pero nada decía del propio proceso, que es de hecho el antecedente necesario de los procedimientos jurisdiccionales». Texto de los senadores CALVI, Guido; FASSONE, Elvio; RUSSO, Giovanni y SENESE, Salvatore, «Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione», *Comunicazione del Ufficio del Senato*.

con su debate, el que introdujo la simiente de los cambios en la «*Sezione II Norme sulla giurisdizione*»³⁰⁶. De hecho, el nuevo artículo guarda una enorme similitud con el art. 130 del proyecto, aunque en su amplitud, iba mucho más allá de la modificación que finalmente se introdujo en la Constitución, pues entraba incluso a constitucionalizar cuestiones de derecho penal sustantivo. Por ejemplo, el citado proyecto constitucionalizaba la *extrema ratio* del derecho penal afirmando la «tutela de bienes de relevancia constitucional» que las normas penales tutelan, afirmando el artículo 129 del PB que «*No sarà punibile quién ha cometido un hecho previsto como delito in el caso en que no pueda determinarse una concreta offesa*»³⁰⁷. Se pretendía dar cabida constitucional a la corriente que sostiene una concepción realista del delito, que tanto empuje tuvo durante los años sesenta y setenta en gran parte de Europa, entre ellos Italia y también Holanda, sistema –éste último– que lo aplica hasta sus máximos límites y que, aun siguiendo su tradición, no lo haya constitucionalizado, sí forma parte de su «*basic law*». Además, en el mismo artículo de la propuesta italiana analizada se propone una fuerte limitación al legislador, al admitirse el establecimiento de nuevas normas penales, únicamente «*si modifican el código penal o si están contenidas en leyes orgánicas que regulen la materia entera a la que se refieren*». El propósito era, sin duda, acabar con la continua proliferación de tipos y normas criminales, incluso la modificación de los ya existentes, producidas de manera improvisada y en respuesta a exigencias contingentes de política criminal que hubieran podido causar alarma social momentánea³⁰⁸.

Lo que se introdujo en la reforma fueron los principios de paridad y de contradicción entre las partes y del proceso, frente a un juez tercero, imparcial. Y en lo que se refiere en particular al proceso penal, se reproducen de manera sustancial los principios enunciados en el art. 6 de la CEDH. Parece por tanto, que –en este sentido y cada uno a su manera– Italia y Holanda han registrado un proceso similar.

El significado constitucional de este nuevo precepto fue también discu-

306. Tanto la Constitución italiana como el Proyecto de la Bicamerale dividen el Tít. IV en dos secciones: I Ordenamiento jurisdiccional (art. 101-110 CI); II Normas sobre la jurisdicción (art. 111-113 CI).

307. No obstante, este punto de la propuesta como, en general, casi todos los demás de este concreto apartado, fue criticado por la doctrina por pleonástico, pues la doctrina de la Corte Constitucional venía aplicando esta misma concepción del derecho penal. NEPPI MODONA, G., «Lo Stato...», *op. cit.*, pg. 466.

308. La crítica a este punto, frente a quienes –en el sector de la doctrina especializada– consideraban loable y coherente este intento de especificación del derecho penal y de cierta descriminalización, se sitúan aquellos autores que lo percibían una limitación insoportable para el legislador, cuyo «recurso a nuevos y específicos tipos de delito... podría ser efectivamente un indispensable e insustituible instrumento de tutela». NEPPI MODONA, G., «Lo Stato...», *op. cit.*, pg. 466.

tido. Parte de la doctrina repitió la crítica hecha al «*Progetto*», tachando de nuevo el artículo de pleonástico al estar sus disposiciones aceptadas ya por la doctrina, la Corte Constitucional³⁰⁹ y siendo reconducibles a los preceptos 24 a 27 CI, que reconocen los derechos fundamentales, y entre los que se incluyen el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un juez natural (imparcial), además de las reservas de ley en materia penal. La idea se ha expresado atribuyendo al art. 111 CI un carácter re-cognitivo pero no innovador³¹⁰.

Cabe distanciarse de esta tesis y alinearse con la parte de la doctrina que ha sostenido lo siguiente:

«Una es la fuerza que puede reconocerse a los principios generales fruto de extrapolaciones conducidas por la doctrina y la jurisprudencia durante el transcurso de los años; y otra mucho mayor es, aquella que poseen las disposiciones constitucionales que vienen –de modo claro y taxativo– a codificar estos principios: ya sea porque el tejido normativo del que derivan los principios generales puede cambiar de un momento a otro, determinando así su desaparición, mientras que allí donde tenga lugar la codificación a un nivel constitucional contribuye a estabilizarlos, situándolos al resguardo de fluctuaciones normativas; ya sea porque los principios generales no son normas, sino que son –más exactamente– el origen de soluciones normativas largamente indeterminadas, las cuales admiten en la praxis interpretativa y aplicativa correcciones de ruta, derogaciones, suspensiones y ponderaciones; mientras todo ello deja de existir, frente a disposiciones puntuales de rango constitucional que vengán a definir el contenido de aquellos principios y su posición respecto de otros principios también incluidos en el sistema, respecto de los cuales se podrá –además– hacer una nueva y distinta ponderación»³¹¹.

Una interpretación constitucional a nuestro juicio impecable, dentro de la firme concepción racional-normativa de la Constitución y del principio de legalidad que impregna todo el sistema³¹². Pero más importante aún en la codificación constitucional ordenada de estos principios y que enlaza así-

309. De hecho el término principios del «*giusto processo*» corresponde a la sentencia de la Corte 137/1984.

310. CONSO, G., «Intervento e Conclusioni», *Il giusto processo*; AA VV, *Associazione tra gli studiosi del processo penale*, Giuffrè, 1998, pgs. 4 a 268. También cabe citar por ejemplo. las St. de la Corte Constitucional 137/84, 303/85, 226/86, 432/95, 131/96, 155/96, 177/96 o la Orden 267/96.

311. PATRONO, Mario, «Riverberi interpretativi ed applicativi del "nuovo" articolo 111 de la Costituzione sull'organizzazione della giustizia», *Esperienze e Prospettive della giustizia italiana*, Univ. de «La Sapienza», Roma, noviembre 2002, pgs. 7 y 8.

312. Interpretación no válida constitucionalmente para el sistema holandés. De ahí que por ello se resalte.

mismo con la perspectiva holandesa, poniendo en evidencia al mismo tiempo la diferente manera de hacer dentro de cada sistema, es la siguiente afirmación:

«... la difusa convicción, que crece cada día que pasa, según la cual el nuevo art. 111, correctamente interpretado, comporta y da vida a una reordenación de los mecanismos procesales y de la entera organización judicial; y que el legislador constitucional, asumiendo la ocasión para sanear un conflicto entre la Corte Constitucional y el Parlamento que viene de lejos y que tiene su momento decisivo con la St CC 361/1998, lo ha valorado para realizar un desarrollo en nuestro sistema de justicia por considerarlo muy inadecuado y por considerar, a su vez, que los principios relativos a la jurisdicción contenidos *ab origine* en el texto constitucional, se han quedado parcos y son insuficientes para caracterizar una sociedad libre y competitiva en el plano de las reglas democráticas y respecto a su funcionamiento. Nace así por efecto del art. 1 de la Ley n. 2 de 23 de noviembre de 1999, el nuevo art. 111»³¹³.

El conflicto entre la Corte constitucional y el Parlamento al que se refiere el anterior texto, fue el que se produjo debido a la tendencia del tribunal a atenuar el principio contradictorio en las distintas fases del procedimiento, especialmente durante el proceso de formación de la prueba, lo que parecía poner en peligro –y seguro desvirtuaba– la intención del nuevo Código del procedimiento penal, que introdujo el sistema acusatorio puro. De hecho, la Corte hubo de reconocer en su St. 440/2000 que con la nueva regulación constitucional «*el cuadro normativo en base al cual la norma se había pronunciado... ha cambiado efectivamente... el principio contradictorio en la formación de la prueba queda ahora enunciado de manera en su dimensión objetiva; esto es, como método de verificación judicial de los hechos*».

En definitiva, el nuevo art. 111 CI ha venido a constitucionalizar una serie de garantías ya introducidas en el nuevo Código procesal con el sistema acusatorio puro, que pretendía modernizar y democratizar el proceso penal italiano, y que también habían sido contempladas en la legislación internacional y que, no obstante, estaban siendo atacadas desde distintos frentes. En nuestra opinión, el constituyente italiano ha dado un gran paso con esta modificación a favor de una mejora de los derechos de los ciudadanos y del propio proceso penal, más impregnado ahora de garantías para los imputados y bajo un sistema que responde, sin duda, a principios más democráticos.

3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

En lo que se refiere a la teoría constitucional, España se encuentra muy

313. PATRONO, M., «Riverberi...», *Esperienze...*, *op. cit.*, pgs. 9 y 10.

próxima a Italia y, por lo tanto, se sitúa muy alejada de Holanda Siendo, por tanto, abundantes los puntos de encuentro entre estos dos primeros países –algunos de los cuales ya hemos venido observando– el más relevante sin duda es el de la mutua influencia constitucional. Efectivamente, la Constitución italiana de 1948 estuvo fuertemente influenciada por la Constitución española de 1931, especialmente en lo que se refiere a la configuración del estado regional que Italia sigue manteniendo en rasgos similares³¹⁴ y al Tribunal de Garantías de la República española, que Italia trasformó en su «*Corte Costituzionale*».

La Constitución española de 1978 por su parte, treinta años posterior a la italiana, la consideró como uno de los textos fundamentales de referencia. Lo cierto es que ambos países, junto con Alemania, acababan de liberarse del traumático período fascista en el momento de la redacción constitucional y, como ha puesto de relieve la doctrina, la justicia constitucional aparece como uno de los mecanismos garantistas de respuesta que, como seña de identidad, caracterizan a dichos sistemas jurídico-constitucionales tras la recuperación de la democracia³¹⁵. Comparto por tanto que, tanto el hecho –reacción contra el fascismo– como su más evidente consecuencia –introducción de la justicia constitucional– determinan una situación de partida que acerca notablemente a ambos sistemas constitucionales. Y si cabría matizar esta afirmación en cuanto a su contenido específico –ya que se registran diferencias importantes, aunque también grandes similitudes entre ambos textos constitucionales– no obstante, procede afirmarlo con rotundidad si nos referimos a la teoría formal constitucional que hace de ellas una norma fundamental, directamente aplicable e invulnerable, protegida ante todo tipo de ataques. Como ya habíamos afirmado, son constituciones racional-normativas.

La Constitución española, de manera similar a la Constitución italiana y, a diferencia de la Constitución holandesa, también regula el Tribunal Constitucional en su título IX, con competencias –art. 61 CE– muy similares a la Corte italiana y que, de forma similar a lo que ya hemos tenido ocasión de constatar en el caso italiano, también ha realizado grandes aportaciones a la

314. Aunque, como en España, los debates y las reformas territoriales no han cesado nunca. Puede verse sobre esta cuestión en una comparación directa entre España e Italia, GAMBINO, Silvio, *Regionalismo, federalismo, devolution. Confronti europei (Spagna, Germania, Regno Unito)*, Milano, Giuffrè, 2003.

315. En este sentido Mauro CAPPELLETTI lo expresa en los siguientes términos: «parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante puede encontrar mejor respuesta a las exigencias de tener que reaccionar contra demonios del pasado y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la justicia constitucional en su forma de gobierno»; CAPPELLETTI, M., *Renegar...*, *op. cit.*,

configuración de nuestro Estado constitucional. Reconoce además el derecho a la tutela judicial efectiva, al juez predeterminado por la ley (art. 24); la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento (art. 9); el principio de legalidad (arts. 9.3 y 25); la objetividad y los principios de eficacia y jerarquía de la administración (art. 103); el control jurisdiccional de la administración y la responsabilidad administrativa (art. 106); o la responsabilidad de la administración de justicia (art. 121).

Centrándonos específicamente en el título dedicado al Poder Judicial, nuestra norma fundamental continúa mostrando un gran paralelismo con la Constitución italiana en las detalladas definiciones institucionales y reconocimiento constitucional de los principios referentes a la magistratura³¹⁶. No obstante, a diferencia de Italia y de Holanda, la Constitución española es sin embargo la única que reconoce el principio de unidad de jurisdicción, siendo igual de escueta que la Constitución holandesa en lo que a principios procesales se refiere: tan sólo hace referencia a la publicidad de las actuaciones judiciales, a la motivación de las sentencias y su audiencia pública (art. 120 CE y art. 121 CH). Aunque no obstante, es de nuevo la única que reconoce la acción popular (art. 125). Por último, muy al modo italiano, también establece como órgano constitucional un Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), al que define como «órgano de gobierno» de poder judicial (art. 117.2).

Lo cierto es que de una lectura de los tres títulos correspondientes de cada Constitución, puede observarse una semejanza clara entre Italia y España en ciertos contenidos, pero con mayor énfasis su similitud destaca a nivel formal. Es fácil observar en su sistemática, en los principios enunciados, en las mayores precisiones lingüísticas, una cultura constitucional común en España e Italia; mientras que Holanda queda al margen de estas características, con un texto perfectamente democrático y liberal, no obstante más programático que normativo, más abierto y menos detallado.

Pero más allá de estas consideraciones, la Constitución española posee elementos únicos que la particularizan de forma determinante. En concreto, si consideramos en un extremo la Constitución holandesa y en el otro la Constitución italiana, es posible considerar que, en algunos aspectos, la Constitución española se encuentra en un particular y propio punto medio. Lo comprobaremos al examinar detenidamente el Título VI de la CE.

316. Así el artículo 117.1 de la Constitución española establece: *«La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»*; y en su apartado 3: *«El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por la leyes, según las normas y de procedimiento que las mismas establezcan»*.

3.1. El Poder Judicial

La Constitución española es, desde esta visión comparada, la única que encabeza su título VI dedicado a la Justicia bajo el rótulo de «*Del Poder Judicial*» (art. 117-127). Ni «*Rechtspraak*», ni «*La Magistratura*», «Poder Judicial». Y también la única que configura un verdadero poder oponible a los otros dos poderes del Estado.

La Constitución holandesa, más preocupada por constitucionalizar y garantizar la actividad que supone la relevante misión de «*administrar justicia*» (*rechtspraak*), configura sin embargo a nivel orgánico un poder judicial «*rechtelijke mach*» que corresponde a una jurisdicción, pero que puede contener otras y que no es exclusiva (arts. 116.1 y 112.2 CH), con competencia para juzgar delitos e imponer penas de libertad, pero también con otras posibles competencias (art. 116.2 CH) y que además contiene dos tipos de miembros, los encargados de administrar justicia y los que no tienen atribuida esta función, entre ellos el Fiscal General del TS (art. 117.1 CH) y que integra asimismo a personas –como jueces legos– que participan en la administración de justicia (*rechtspraak*) pero que no pertenecen al poder judicial (art. 116.3 CH). Por último, la Constitución holandesa guarda un absoluto silencio sobre el gobierno del poder judicial. El poder judicial holandés es al mismo tiempo potestad jurisdiccional o jurisdicción y administración de justicia.

En cuanto a Italia, conviene recordar aquí la defensa de ZANON, N. y BIONDI, F. en favor de la consideración del «*ordine giudiziario*» como verdadero poder del Estado –«*la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder*», establece el art. 104 de la CI– que se apoya en la legitimación de sus miembros –de todos, CSM, jueces y fiscales– para presentar un conflicto de competencias con otros órganos constitucionales ante la Corte Constitucional (art. 134 CI). En nuestra opinión, y según la inmensa mayoría de la doctrina, el «orden jurisdiccional» italiano es un verdadero poder estatal, cuyo principal cuestionamiento reside, de hecho, en su extralimitación en el ejercicio de sus funciones. No obstante, de la lectura del texto italiano no se desprende una concepción precisa del contenido y significado del poder judicial; y tal vez, precisamente por esa carencia, ha tendido la propia magistratura y parte de la doctrina italiana a una lectura cambiante de la misma, e incluso antitética, a veces como «*poder nulo*», y a veces como un *contrapoder* –lo que habilitaría a actuar en clave confrontacional con los poderes clásicos, legislativo y ejecutivo– y no como un verdadero tercer poder con una caracterización jurídico-positiva específica. En este sentido, la Constitución italiana comienza por otorgar un poder jurisdiccional –no definido positivamente– a los magistrados ordinarios, jurisdicción que no es única (art. 103 CI) y, posteriormente los enmarca en un «orden» al que dota de

un órgano de «autogobierno» que integra también a los magistrados del Ministerio Fiscal, carentes de poder jurisdiccional³¹⁷, dejando al mismo tiempo fuera a otros magistrados de otras jurisdicciones.

El «orden» judicial italiano no es, por tanto, ni unitario ni está limitado a la función de administrar justicia. A nuestro modo de ver resulta adecuado el término «orden», pues la Constitución italiana, quizá por la doctrina del «*poder nulo*», ya sea por influencia francesa, no configura un verdadero poder del estado a nivel formal y orgánico, al menos, esta afirmación es posible si lo comparamos con España, cuya Constitución sí regula el poder judicial como un verdadero poder del Estado.

Cierto es que la norma fundamental italiana atribuye una determinada potestad jurisdiccional; puede de hecho afirmarse que el orden judicial posee y dirige su propia administración a la par que no tiene atribuido en exclusiva el poder jurisdiccional. Una de las posibilidades de este uso del término «orden» que nos atrevemos a aventurar deriva de la ya comentada influencia francesa sobre Italia en la concepción de poder judicial. En este sentido, ya habíamos mencionado cómo la Constitución italiana, en el momento de su redacción se inspira en una concepción de la división de poderes del estado liberal ochentesco. También es innegable la influencia francesa en el Estatuto Albertino. Y es más que de sobra conocida la desconfianza del legislador post-revolucionario hacia los jueces y magistrados, promoviendo una fuerte reforma administrativa pero no judicial, e incorporando un débil concepto de independencia.

En España, como señala Mari Luz MARTÍNEZ, la constitucionalización de la magistratura a principios del siglo XIX tuvo matices distintos del proceso francés, del que quiso separarse, siendo menor la desconfianza hacia los jueces menor y configurando una independencia más fuerte³¹⁸. Como ya habíamos señalado, el término «poder judicial» ya había aparecido en España en las constituciones liberales de 1837 y 1869³¹⁹.

317. Desde luego un fiscal no tiene un poder jurisdiccional como lo posee el juez. No obstante, en el particular caso italiano, puede argumentarse la existencia de un derecho a un fiscal predeterminado por la ley. Además, los fiscales italianos son los encargados de ejecutar las sentencias judiciales. El constituyente español, por ejemplo, consideró esta actividad parte esencial del contenido de la jurisdicción.

318. MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La independencia...*, *op. cit.*, pg. 78, nota al pie 157. Hay que señalar, de modo anecdótico, que la Constitución de Bayona de 1808, francesa y «otorgada», usaba los mismos términos, «orden judicial».

319. No obstante, la Constitución republicana mantuvo la denominación de «*Administración de Justicia*» de la Constitución de 1876, aunque al mismo tiempo reconocía expresamente la independencia de los jueces y su único sometimiento a la ley (art. 94). Además se trató de una expresión ciertamente ambigua pues el siguiente artículo afirmaba: *La Administración de Justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes. que serán reguladas por las leyes*. Con lo que podría argumentarse que «*Administración de justicia*» y «*jurisdicción*» eran términos equivalentes, máxime cuando el título

Frente a estos textos constitucionales referidos más arriba, la Constitución española configura un verdadero poder judicial. En la redacción de los apartados 1 y 3 del artículo 117 CE que acabamos de mencionar, y en su encabezamiento, se observa que el poder judicial «disfruta de una presencia inequívoca»³²⁰. El poder judicial queda constitucionalmente definido como el poder del estado que tiene encomendada la potestad jurisdiccional, tal y como se infiere con claridad del inciso inicial del art. 117.1 CE, que está integrado por los jueces y magistrados «y por nadie más», los cuales administran justicia, esto es, ejercen la potestad jurisdiccional³²¹. El poder judicial es aquel órgano que tiene atribuida la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y sólo dicho poder tiene potestad para juzgar y ejecutar lo juzgado. Y si bien el ámbito de esta potestad jurisdiccional no queda definido en el art. 117 CE, ni siquiera en el Título VI, eso no quiere decir que no sea la propia Constitución la que, a través de toda una serie de preceptos, manifieste cuál es este ámbito. Así, cabe enumerar el art. 53.2 CE sobre la tutela de los derechos fundamentales; el art. 25 acerca del monopolio del poder judicial en la imposición de penas; el art. 106.1 sobre el control de la potestad reglamentaria y la actuación de la administración; el art. 24.1 que recoge el derecho de tutela jurisdiccional de derechos e intereses legítimos y que abarca asimismo todo tipo de litigios jurídicamente relevantes; o la facultad de interponer una cuestión de inconstitucionalidad, todas ellas forman un conjunto de disposiciones de las que se desprende que la potestad jurisdiccional del poder judicial «abarca todo tipo de controversias concebibles en el derecho español». Y si bien puede argumentarse que la irrevocabilidad no es una característica exclusiva de la jurisdicción, si es la única de rango constitucional (art. 118)³²².

Es cierto que el poder judicial ha quedado configurado como un poder «policéntrico» totalmente «desconcentrado»; pero en unos órganos claramente constitucionalizados. Así en puridad, el poder judicial reside, de manera exclusiva, en cuanto ejercen por sí solos la potestad jurisdiccional, en

era un escueto «Justicia» y no se regulaba ningún órgano que no tuviera jurisdicción, excepto precisamente el Ministerio Fiscal, el cual además, según el art. 104, *constituirá un solo Cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia*.

320. LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, 1996, pg. 38.

321. Díez-PICAZO, Luis María, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, 1991, pgs. 27-33.

322. Díez-PICAZO, L. M., *Régimen...*, *op. cit.*, pgs. 27-33. Existen no obstante, relevantes opiniones que continúan situando la determinación irrevocable del derecho como el elemento definitorio del concepto de jurisdicción, que a su vez constituiría un concepto único, abstracto y no relativo. Así por ejemplo, MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La independencia...*, *op. cit.*, pgs. 30-31; o SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Jurisdicción», pg. 392.

todos los juzgados y tribunales pertenecientes al poder judicial. Pero ello no es óbice para que la naturaleza del poder judicial español sea unitaria. Establece el art. 117.5 de la CE que *«El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales»*.

Este principio supone la prohibición de auténticos juzgados y tribunales –con jurisdicción– no integrados en el poder judicial. Es lo que ha dado en llamarse por la doctrina «principio de exclusividad positiva». Principio que representa ante todo «un imperativo constitucional de genuina reserva de Poder Judicial en materia de jurisdicción»³²³; y es, sin duda alguna, una «opción jurídico-política de primera magnitud» que, como hemos hecho notar, no está presente en las constituciones holandesa e italiana³²⁴. No existe jurisdicción que no esté en manos del poder judicial y no hay tribunales con jurisdicción que no se integren en el poder judicial³²⁵. En definitiva, el principio de exclusividad en sentido positivo, «no es, en sustancia, sino resultado de la confluencia del principio de la división de poderes –implícito en la atribución de la potestad jurisdiccional a un complejo diferenciado de órganos del Estado: el poder judicial– y del derecho a la tutela judicial efectiva»³²⁶.

Además, estos tribunales y juzgados administrarán justicia a través de un cuerpo único –cerrado– de funcionarios del Estado, jueces y magistrados «integrantes del poder judicial» (art. 117.1 CE), dispuestos específicamente por el Estado para la realización de la función jurisdiccional (arts. 122.1 y 122.2 CE). En otras palabras, integran en exclusiva el poder judicial los jueces y magistrados de un cuerpo único de funcionarios, encargados de administrar justicia (art. 117.1 en conexión con el art. 122.1 CE). Este cuerpo de funcionarios tiene, por tanto, un estatus propio y particular, conferido en función de su importante misión de administrar justicia. El art. 122.1 CE es muy claro en este punto:

«La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno del los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.»

323. Ver Díez-PICAZO, L. M., *Régimen...*, op. cit., pg. 44; quién da una explicación mucho más detallada de este principio y cuya perspectiva seguimos en este punto.

324. La cita es de LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia y sus problemas...*, op. cit., pg. 44. Bajo este principio, serían de más que dudosa constitucionalidad, la jurisdicción contencioso-administrativa holandesa e italiana.

325. La única excepción a este principio la constituye el Tribunal Constitucional, el cuál posee sin duda jurisdicción y no está integrado en el Poder Judicial. Retomando los argumentos anteriores podemos afirmar que las controversias sobre el control de constitucionalidad y el amparo, son las únicas controversias ajenas al ámbito del Poder Judicial.

326. Díez-PICAZO, L. M., *Régimen...*, op. cit., pg. 44.

La Constitución española abre así dos complejos organizativos susceptibles de dos teorizaciones distintas. En primer lugar, la que se refiere al conjunto de órganos (juzgados y tribunales que se integran en el poder judicial), servido por el cuerpo único de funcionarios del Estado encargados de administrar justicia que integran el poder judicial (arts. 117.3 y 5 CE; 122.1 y 2 CE). En segundo lugar, «la que se refiere al complejo administrativo de medios al servicio de la misma: personal no judicial, medios materiales, sedes físicas, bienes corrientes –equipamiento, utensilios, mobiliario, aprovisionamiento tecnológico y financiero–»³²⁷ y que pertenecen a la referida (expresamente) administración de justicia (art. 122.1). Nos encontramos por tanto ante un nuevo elemento que clarifica aún más la configuración del poder judicial como un verdadero poder del Estado. No en vano y, como ha sido puesto de relieve, «con carácter general, el poder público estatal entraña indefectiblemente alguna administración, todo poder político [constitucional] precisa un aparato administrativo específico... se acompaña de una nutrida vertiente orgánico-administrativa, regida de conformidad a este segmento del ordenamiento [es decir sin las características, garantías e incompatibilidades propias del poder judicial (art. 117, 121 –error judicial–, arts. 122.2, 127)], en sus aspectos funcionariales, laborales, presupuestarios, contables y procedimentales»³²⁸ (art. 121 CE –responsabilidad de la administración de justicia– arts. 122.1, 125, 126 CE).

Poco o nada difumina esta nítida distinción, el imperativo constitucional de que ambos complejos organizativos deban quedar regulados en un mismo cuerpo legal. Así lo entendió perfectamente el legislador orgánico encargado de dar cumplimiento al mandato constitucional, como demuestra la propia explicación del índice sistemático de la LOPJ (Ley orgánica del Poder Judicial, LO 6/1985):

«Los cuatro primeros Libros de la Ley regulan cuanto se refiere a la organización, gobierno y régimen de los órganos que integran el Poder Judicial y de su órgano de gobierno. Los Libros V y VI establecen el marco básico regulador de aquellos otros órganos, cuerpos de funcionarios y profesionales que, sin integrar el Poder Judicial, colaboran de diversas formas con él, haciendo posible la efectividad de su tutela en los términos establecidos por la Constitución». Y continúa de este modo: «La Ley se refiere así, en primer lugar, al Ministerio Fiscal... a la función de los Abogados y Procuradores... a la Policía Judicial... al personal que sirve a la Administración de Justicia, comprendiendo a los Secretarios, así como

327. LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia...*, op. cit., pg. 38.

328. LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia...*, op. cit., pg. 39.

*a los Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes, cuerpos todos ellos de funcionarios que en sus respectivas competencias auxilian y colaboran con los Jueces y Tribunales.»*³²⁹

La Constitución española regula, define, separa y especifica lo que es el poder judicial y lo que debe entenderse por administración de justicia³³⁰. En definitiva, esta distinción aparece más nítidamente en nuestro sistema constitucional que en el caso holandés e italiano.

3.2. El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)

Lo primero que habría que señalar en referencia directa a nuestro estudio es que, comparado directamente con la regulación italiana, ninguno de los miembros u órganos del Ministerio Fiscal forman parte del Consejo General del Poder Judicial. Tampoco en Holanda. Lo cierto es que cada órgano es un fiel reflejo de la concepción constitucional del poder judicial.

En España, el CGPJ, tal y como afirma la Constitución española, es el órgano de gobierno del poder judicial. Su formación y competencias, en

329. LOPJ, LO 5/1985, Exposición de motivos ap. VIII.

330. Una precisión ausente en las Constituciones holandesa e italiana. En la primera, por una ausencia total de regulación. En la segunda, el art. 110 de la CI establece que «*Sin perjuicio de las competencias del Consejo Superior de la Magistratura, corresponde al Ministerio de Justicia la organización y el funcionamiento de los servicios relativos a la justicia*». Lo cual, según Díez-PICAZO, supone una garantía institucional de un órgano del Poder Ejecutivo, el Ministerio de Justicia, que le garantiza un mínimo de competencias. Garantía que no existe sin embargo en el ordenamiento español, siendo posible la desaparición de dicho ministerio. Sin embargo, la realidad es que como hemos visto, el Ministerio de Justicia italiano ha ido perdiendo competencias y relevancia en el ámbito de la Administración de Justicia italiana, mientras que en España, las competencias *ex constitutione* –que también reconoce Díez-PICAZO– del Ejecutivo, precisamente por la precisa definición y distinción de lo que es Poder Judicial frente a lo que es Administración de Justicia, hace de estas competencias una cuestión irrenunciable por el Ejecutivo, es decir, no atribuible en ningún caso al CGPJ, como ocurre en Italia, pues es el CSM italiano quien se ha arrogado competencias administrativo-políticas. Todo ello con independencia de que, efectivamente, dentro del Ejecutivo sea un órgano distinto del Ministerio de Justicia el que ejerza tales competencias y éste acabe desapareciendo, que es a lo que se refiere Díez-PICAZO. Autor que, no obstante, sitúa además esta posibilidad como remota, pues sino ¿quién habría de ejercerlas? Añade Díez-PICAZO que atribuir las al Ministerio del Interior resulta ingenuo y garantista (Díez-PICAZO, L. M., *El Poder...*, op. cit., pg. 148). Pues bien, esta opción fue planteada seriamente en Holanda, al menos en parte de sus competencias, entre otras cosas, para mejorar la coordinación entre el Ministerio Fiscal –dependiente del Ministerio de Justicia– y las fuerzas de seguridad –dependientes todas ellas del Ministerio de Interior–, lo que al parecer generaba grandes problemas burocráticos, administrativos, y también políticos (contraórdenes). Y lo cierto es que la problemática relación del Ministerio Fiscal con la Policía era uno de los temas estrella en el 2004. En opinión de Leonard BESSELINK, esa reforma no podía darse por el simple hecho de la concentración de poder que adquiriría un solo ministerio, cuestión difícil en los gobiernos de coalición típicos de Holanda (BESSELINK, L.; entrevista personal, marzo 2004).

particular, y según la previsión constitucional en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen de disciplinario, está reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), tal y como establece su art. 122.2. Como señala LÓPEZ AGUILAR, gran parte de la literatura producida en torno a que ha dado en denominarse «crisis de la Justicia», tiene su fundamento en la discutida configuración de este órgano constitucional que no es «la Justicia ni es el Poder Judicial, aun cuando por razones lógicas, tanto ésta como otros órganos u organizaciones públicas operativas en el ámbito genérico de la Justicia tengan su emplazamiento adecuado dentro del Título IV». Y dicho autor señala al Ministerio Fiscal o a las unidades de la Policía Judicial como buena muestra de ello³³¹.

Efectivamente, la primera característica del CGPJ español es que, al igual que el italiano –sobre el que está inspirado– se trata de un órgano constitucional no integrado en ninguno de los tres poderes; tampoco en el poder judicial. Como acabamos de hacer notar, el poder judicial está compuesto únicamente por todos y cada uno de los órganos que ejercen la potestad jurisdiccional. Es evidente que el CGPJ no posee semejante atribución que no tendría sentido en un órgano de gobierno como el que establece el art. 122.2 de la CE. Además, de manera paralela y casi análoga a la argumentación de la Corte italiana, el Tribunal Constitucional estimó que el CGPJ no puede arrogarse la representación del poder judicial en un conflicto de atribuciones con otros poderes del Estado, tan sólo igual que el italiano, la suya propia, además de por exceder sus facultades de gobierno, por entrar «en contradicción con el principio de independencia de jueces y magistrados» (STC 46/1986). Cuestión distinta es que la Constitución italiana sí prevea la legitimación de jueces, magistrados y fiscales en dicho conflicto. Esta ausencia de representación de los órganos del poder judicial, que no está prevista en la Constitución española en el conflicto con otros poderes del Estado, es criticada por Díez-PICAZO, quien tacha de inadecuada y «cicatera» la regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)³³². Dada esta independencia orgánica, la perspectiva contraria significa que el poder judicial no es un elemento constitutivo del CGPJ, siendo únicamente el objeto de gobierno de este último³³³.

331. LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia...*, *op. cit.*, pg. 50. Con este comentario, estamos adelantando asimismo nuestra posición sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal. Es evidente que descartamos que pueda pertenecer al Poder Judicial.

332. Díez-PICAZO, L. M., *Régimen...*, *op. cit.*, pg. 138.

333. Que el CGPJ o el CSM no forman parte del poder judicial es un presupuesto aceptado y consensuado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional; si bien, en nuestra opinión, esta situación es más clara en el constitucionalismo español dada la definición tan precisa de lo que es el Poder Judicial, cuestión que no sucede en el «*ordine giudiziario*», que no está limitado a los órganos con potestad jurisdiccional. Aunque este debate es inacabable, en el caso italiano se podría forzar la discusión hasta admitir no sólo que el fiscal italiano ejerce la potestad jurisdiccional a través

En el sistema español, nos encontramos por tanto ante un órgano de gobierno y no de «autogobierno», determinado por esta independencia orgánica y por la propia afirmación literal de la CE, incluida su ambigüedad respecto al modo de elección de sus miembros. Lo que significa que, como ha señalado la doctrina, «no puede decirse que el CGPJ esté configurado como un órgano de autogobierno del poder judicial»³³⁴. La Constitución española, al contrario que la italiana, no especifica el modo de nombramiento de los doce magistrados procedentes de la carrera judicial³³⁵.

Si bien la primera Ley Orgánica reguladora del CGPJ (LO 1/1980 de 10

de la ejecución de las sentencias, lo que según la CE corresponde al PJ, sino que el propio ejercicio de la acción penal es una actividad de naturaleza jurisdiccional. Y por tanto, que la pertenencia del fiscal italiano al PJ no significa la apertura de éste a órganos sin competencias jurisdiccionales. Pero lo que llama más la atención en este punto es la situación holandesa: es nuestra opinión que el Consejo holandés (*Raad voor de Rechtspraak*) sí pertenece al Poder Judicial. Así lo configura la Exposición de motivos de la Ley de 6 de diciembre de 2001 y su regulación suplementaria se encuentra en la RO. Y ello no es óbice para que al mismo tiempo sus miembros sean elegidos y controlados por el Ministro de Justicia, si bien no pueden ser destituidos más que por causas tasadas —esta «esquizofrenia» o «dualidad»—, es exactamente la misma que se produce en su Ministerio Público. Además, desde cierta perspectiva, sus competencias son mayores que en los Consejos italiano y español; no en vano dicho órgano es el responsable de la ejecución del presupuesto del Poder Judicial, y es precisamente esta relación con el Gobierno lo que le habilita para ejercer esta competencia. En definitiva, el Consejo holandés asume la misma finalidad que el resto de los Consejos estudiados: ejercer desde el interno de la judicatura competencias que antes le incumbían al Gobierno. Cuestión aún más evidente en el Consejo holandés, pues realmente ha asumido competencias administrativas y no tanto disciplinarias, que siguen parcialmente otorgadas al TS. Se aprecia en esta concepción que el legislador holandés, lejos de configurar un poder independiente y separado, establece una Administración de Justicia con diferentes órganos, políticos, judiciales y administrativos y con relaciones entre ellos sometidas a garantías casi en exclusiva de carácter funcional. En otras palabras, que el Consejo holandés sea un órgano del poder judicial no impide sus relaciones orgánicas con el Gobierno, sino que determina su autonomía con respecto a éste en su proyección funcional. Exactamente lo mismo le sucede al Ministerio Público. Y es que sin duda la doctrina y la legislación holandesa mantienen dentro de su sistema judicial la clara idea de que la firmeza o respaldo de las garantías (independencia/autonomía) de las que disfrutaban sus órganos, no se establecen en función de métodos de nombramiento, ni de su sistema de gobierno o según las estructuras orgánicas, sino que en realidad las garantías residen en el ejercicio imparcial de sus funciones, tal y como corresponde a cualquier poder público. De ahí que la judicatura holandesa haya dependido tanto tiempo del Ministerio de Justicia —en cierta medida aun sigue dependiendo— sin que por ello haya sido tachada como sospechosa de dependencia gubernamental y parcialidad en el ejercicio de la jurisdicción.

334. Díez-PICAZO, L. M., *Régimen...*, op. cit., pg. 142.

335. Art. 122.3 CE: «El Consejo General del Poder Judicial está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión».

de enero) establecía que estos doce miembros fueran elegidos «*por todos los Jueces y Magistrados que se encuentren en servicio activo*» (art. 12), es decir, al modo italiano³³⁶, la LOPJ de 1985, en su art. 112 –modificado por la LO 2/2001 de 28 de junio sobre composición del Consejo General del Poder Judicial– atribuye el nombramiento de todos los magistrados a las cámaras legislativas. El Tribunal Constitucional, no sin enunciar una punzante crítica a la decisión del legislador de introducir un sistema que, según su pronunciamiento, supone «*el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma Constitucional si las Cámaras... [atienden] sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos*», consideró que el mandato constitucional quedaba satisfecho siempre que «la composición del Consejo refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad y muy especialmente en el seno del Poder Judicial», admitiendo además que «cabe pensar en procedimientos que no sean ni de atribución a las Cámaras, ni a los jueces y magistrados y que no serían inconstitucionales en cuanto no resultasen arbitrarios o contradictorios con la naturaleza del Consejo» (STC 108/1986). La previsión legislativa de una mayoría cualificada de 3/5 en cada Cámara para la elección de los magistrados fue estimada por el TC como «antídoto» posible de estos males, o como garantía razonable para el cumplimiento del mandato constitucional. No obstante, esta doctrina no deja de evidenciar la débil protección que la Constitución española otorga al modelo de autogobierno de la magistratura³³⁷.

Lo cierto es que el CGPJ español recibe muchas críticas de «politización»³³⁸, en parte debido a su sistema de nombramiento que parece haber

336. Términos muy parecidos a los del nuevo art. 24 de la ley italiana 195/1958 (modificado por el art. 6 L. 44/2002).

337. Lo cierto es que el TC se mantuvo en esta ocasión en la línea más firme de autocontención (doctrina del *self-restraint*) afirmando en la misma sentencia, tras aconsejar la sustitución del precepto, que «*la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución*». Desde luego coincidimos con el TC en que de la lectura del precepto constitucional –y si no es así, está deficientemente redactado– se deduce una intención mucho más próxima a la primera LO 1/1980 de 10 de enero del CGPJ que a la del art. 112 de la LOPJ de 1985. Y ello independientemente de que, a nuestro parecer, el nuevo sistema de la ley 2/2001 –no tanto el de 1985–, sobre todo después de estudiar el sistema italiano, nos parezca más democrático, abierto y creativo.

338. La situación del CGPJ ha sido crítica en numerosas ocasiones. Por citar un ejemplo, el 10 de octubre de 2006 el Consejo denegó el amparo solicitado por el juez Garzón después de sufrir un aluvión de acusaciones e incluso improperios de determinados diputados del Partido Popular por su labor judicial, amparo que solicitó el juez incluso contra un miembro del propio CGPJ, el vocal Requejo (*vid.* Por ej. Diario EL PAÍS 11 oct. 2006). Por otro lado, nombró en julio de 2004 presidente de la Sala Segunda (sala de lo penal) de la Audiencia Nacional al magistrado Gómez Bermúdez, frente a otros candidatos mejor situados en el escalafón como el propio Garzón o Alfonso Guevara. El nombramiento fue impugnado ante el TS, que lo anuló, no obstante, el CGPJ volvió a nombrarle. El nuevo nombramiento fue de nuevo impug-

cumplido los peores augurios del TC. Parece ser que, como se ha puesto de relieve por la doctrina, «sólo cuando la composición parlamentaria dio como resultado un ajustado juego de mayorías políticas y la correlativa necesidad de recurrir al consenso para el desarrollo de la regla de distribución del poder, el funcionamiento del Consejo se amoldó a la misma en términos de razonable correspondencia»³³⁹. Y esa situación se ha producido escasas veces en el parlamentarismo español.

La reforma de la Ley 2/2001, consensuada en el parlamento, no introdujo cambios en esta situación de imposición de lógica política de mayorías parlamentarias. Incluso puede decirse que la ha empeorado, pues lejos de su propósito, la ha impregnado ya sin tapujos dentro del propio Consejo. La ley introdujo un mecanismo previo para la presentación de candidatos ante las cámaras –con anterioridad también propuestos discrecionalmente por el parlamento– consistente en la creación de una lista de treinta y seis candidatos –el triple de los puestos a cubrir– siguiendo un criterio estricto de distribución proporcional entre el número de afiliados de cada asociación de magistrados y el número de no afiliados a asociación alguna. Las personas que se presentan como candidatas son elegidas en procesos electorales en el ámbito de cada asociación, o mediante la captación de firmas en el caso de las no asociadas, hasta el número de candidaturas que les corresponda cubrir (arts. 112 y 113 LOPJ).

El nuevo sistema sugería, como ha sido puesto de relieve por la doctrina «una aparente voluntad despolitizadora del Consejo, un reajuste en el funcionamiento de la regla de distribución de poder», sin renunciar al mecanismo de designación parlamentaria como método de legitimación democrática de sus miembros, pero más próxima a una «concepción original de mayor participación directa de los jueces en la conformación de su órgano de gobierno, al modo que funcionan otros sistemas próximos de autogobierno judicial como el italiano o el francés». Tan sólo se han producido dos elecciones bajo este nuevo sistema, y siguiendo a este mismo autor, «la confirmación de que el nuevo modelo de designación respondía a un cálculo preciso de los respectivos pesos parlamentarios de los partidos políticos, no tardó en patentizarse de forma evidente»³⁴⁰.

nado por defectos formales (*vid.* Diario EL PAÍS 8 oct. 2006) que finalmente el CGPJ subsanó, ratificando su decisión Y existen muchos más ejemplos.

339. HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «Una reforma necesaria pero insuficiente (A propósito de la Ley Orgánica 2/2001, de modificación del sistema de designación de determinados cargos judiciales)», *Rev. Jueces para la democracia. Información y Debate*, núm. 52, marzo 2005, pg. 6.

340. *Ibidem*, pg. 6. El artículo que desde luego es ilustrativo al respecto, continúa unas líneas más allá: «Desde el primer momento se constató que la fórmula de elección cualificada de los vocales se había utilizado como un simple instrumento procedimental... La praxis de funcionamiento del nuevo Consejo evidenciaba de forma

Estamos totalmente de acuerdo con el análisis del magistrado JAVIER HERNÁNDEZ, a quien estamos siguiendo en este apartado, cuando afirma que «la singularidad de la situación española no reside, como en el caso italiano, en un problema de extensión del autogobierno, o de enfrentamiento con el poder representativo del parlamento o del ejecutivo, o de la lucha interna entre los componentes togados y laicos del propio Consejo, o de identificación de espacios de autogobierno exentos de todo control político, con un riesgo de alteración por exceso, de la regla de poder constitucional [problemas todos ellos graves y que también implican una politización del CSM], sino, precisamente, en lo contrario, en la anulación de barreras identificativas del territorio del poder atribuido, en la absoluta inmersión del gobierno judicial en la esfera de la política parlamentaria, desdibujando, por defecto, la regla de poder»³⁴¹. Y ello a pesar de la precisión constitucional de lo que es poder judicial y lo que es administración de justicia.

No obstante, en nuestra opinión, los problemas del CSM italiano son considerablemente más graves. El hecho de la fuertísima politización en el seno del asociacionismo de la magistratura italiana afortunadamente no se ha producido todavía con similar magnitud en la magistratura española. Por otra parte, éstas son exactamente las críticas que recibe también nuestro Ministerio Fiscal, con la diferencia como agravante, de que no es de la repetición del juego de la política parlamentaria de lo que se le acusa, sino de hacerlo con la política gubernamental.

Se obvia en ambos casos, como ya hemos mencionado ocurre en la doctrina holandesa, que lo fundamental para el funcionamiento de las instituciones y órganos no reside tanto en los sistemas de nombramiento como en las garantías para el ejercicio imparcial de sus funciones; lo cual está plenamente garantizado para el CGPJ y el MF en nuestro sistema. Lo que sucede es que tiende a olvidarse que el círculo de responsabilidades no puede cerrarse sin la consideración de la responsabilidad última, propia y personalísima que tiene todo vocal del CGPJ o todo fiscal (o todo titular de un órgano público). Y también todo diputado o senador, a los que tal vez –y más bien a las direcciones de los respectivos grupos parlamentarios– en vez de depositar todo el peso de la crítica en el sistema de nombramiento, habría que hacerles rendir cuentas por el modo en que ejercen sus competencias, desvirtuando la

clara el rechazo al contenido material del método de designación [...]. El clima de neta, de indisimulada confrontación se instalaba en el seno del Consejo como nunca, tal vez, hasta ese momento, se había vivido. La mayoría asumía su correspondiente "estatuto para-parlamentario", y los vocales llamados progresistas asumían con desconcierto y cierta inmadurez el rol de minoría política», pg. 7 (el entrecomillado es mío).

341. *Ibidem*, pg. 8.

norma, en relación a la elección de determinados vocales del CGPJ o del fiscal. No obstante, de este análisis sólo cabe concluir que un sistema de nombramientos u otro, no impide o previene la politización del poder judicial.

En lo que se refiere a las competencias, un simple repaso de los arts. 107 a 110 LOPJ y de los arts. 10 y ss. de la ley italiana 195/1998 permite observar que son muy similares. No obstante, el poder del CSM italiano es sin duda mayor. Ya hemos visto que la StCC 72/1991 no vetó la capacidad normativa del Consejo en virtud de la reserva de ley del art. 108 CI, sino la del gobierno. Además, las enormes lagunas del ordenamiento italiano han propiciado la «autoatribución» de poderes normativos al interno del CSM en materias tan sensibles como las medidas disciplinarias, criterios de traslado o el reparto de asuntos. En España, la STC 108/1986 limitó la capacidad normativa del CGPJ a su propio reglamento interno y los reglamentos administrativos ejecutivos³⁴². Tampoco existen, afortunadamente, semejantes lagunas legales en el ordenamiento español.

Resulta paradójico sin embargo, observar lo ocurrido con una de las competencias más básicas de ambos Consejos en el sistema comparado italiano y español: la competencia en materia de nombramientos. Siendo el CSM un órgano mucho más próximo al modelo de autogobierno y por tanto más directamente representativo del poder judicial, no adquirió en exclusiva, como ya hemos mencionado, la competencia de nombramiento de los «*uffici direttivi*» hasta que la StCC 168/1963 permitió la deliberación de oficio del CSM y con la StCC 379/1992 se facilitó al CSM superar definitivamente el criterio del Ministro de Justicia³⁴³. En España, desde la LOPJ, el CGPJ siendo un modelo de gobierno y no autogobierno, tiene atribuidas en exclusiva las competencias de nombramientos, sin interferencia alguna del Ejecutivo (art. 127 LOPJ).

En lo que se asemejan ambos Consejos, desgraciadamente, es en las acusaciones recibidas por sus modos arbitrarios y su excesiva discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias. Y en gran parte, las críticas de politiza-

342. Una magnífica explicación de la limitación normativa del CGPJ se encuentra en Díez-PICAZO, L. M., *Régimen...*, op. cit., pgs. 133-135 y 149-150.

343. Poniendo fin a la cuestión, afirma la Sentencia: «*el deber de colaboración recíproca... supone que, si la actividad de concertación debe ser subjetiva y objetivamente orientada a buscar, todo cuanto sea posible, la convergencia entre las partes, del mismo modo, el "rechazo al concierto" por parte del Ministro debe estar motivado, no sólo en simples divergencias, sino en graves e insuperables contrastes sobre la propuesta formulada. En este último caso, corresponderá al Consejo superior la deliberación sobre la atribución del cargo en relación a la propuesta de la comisión competente y las eventuales indicaciones del Ministro, con el deber del Consejo de motivar adecuadamente la elección propia también con referencia expresa a las valoraciones y a las argumentaciones formuladas en sede de propuesta*».

ción provienen de ese ejercicio irresponsable en materia de nombramientos –especialmente para el TS y otras competencias discrecionales por parte de sus vocales, escudados en su representación política– desde las asociaciones de magistrados o directamente de los partidos políticos que los han nombrado. Eso repercute en el sistema de nombramiento, que acaba por cuestionarse. Es un círculo vicioso.

El hecho es que además del sistema de nombramiento de los vocales del CGPJ, ciertas lagunas legales existentes a la hora de fijar los criterios en materia de nombramientos han permitido su movilidad –por decirlo eufemísticamente– hacia los nombramientos en los más altos puestos de la carrera judicial³⁴⁴. Pero más allá de este vacío que, como ya se ha apuntado, podían los Consejos haber resuelto satisfactoriamente, lo que sucede simplemente es que se ha asumido internamente, dentro de estos órganos, la lógica de la «batalla política» y no la del debate institucional, que ha quedado totalmente desplazado³⁴⁵. Pero no es lo mismo ejercer esta lógica en el seno de sus órganos propios, que en órganos autónomos de funciones fundamentalmente técnicas y administrativas. Las críticas al CGPJ por la «política» ejercida en estos años, en especial en lo que se refiere a los nombramientos para el TS, son demoledoras³⁴⁶.

La nueva LO 2/2004 de 28 de diciembre, modificó, entre otros, el art. 127, estableciendo una nueva mayoría reforzada de 3/5 del pleno del CGPJ para realizar las propuestas de nombramiento de los altos cargos del PJ (Presidente TS y CGPJ y su Vicepresidente, miembros del TC, Presidentes de Sala y Magistrados del TS y de los TSJ de las Comunidades Autónomas)³⁴⁷. Sin

344. Quizá «de las actuaciones del CGPJ sobre sus administrados, los jueces, la de nombramientos en régimen de discrecionalidad es, seguramente, la más relevante». ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos», *Jueces para la democracia*, núm. 52, marzo 2005, pg. 12.

345. En palabras de Javier HERNÁNDEZ: «El fracaso viene referido a la incapacidad del Consejo, demostrada, casi desde el inicio de su singladura institucional, para ajustar su práctica decisonal a las exigencias éticas y procedimentales que reclama la regla constitucional de distribución de poder». HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Una reforma...», *Rev. Jueces...*, *op. cit.*, pg. 10.

346. Una crítica magnífica por su firmeza pero, a su vez, constructiva es la de ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Racionalizar...», *Jueces...*, *op. cit.*, pgs. 12-15.

347. Por regla general para el sistema de acceso y promoción o ascenso en la carrera judicial existen sistemas reglados articulados en la LOPJ, los cuales presentan sus propias particularidades y problemas. Véase por ejemplo, JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio», *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*, CGPJ, Madrid, 2001, pgs. 115-249. Es precisamente en materia de acceso donde el Ejecutivo, a través de la LO 9/2000 de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, resistiéndose a abandonar ciertas parcelas de poder, ha recuperado importantes competencias en la organización del mecanismo de la oposición libre. Gran parte de la doctrina ha criticado esta situación exigiendo un retorno a la situación anterior, exigiendo en definitiva el correcto cumplimiento del

duda, la finalidad fundamental de la norma, tal y como señala su Exposición de motivos, se encuentra en la pretensión de *«fortalecer el mérito y la capacidad como las razones esenciales del nombramiento y acceso al Tribunal Supremo y a las Presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, evitando la aplicación de un sistema de mayorías que no contribuye a crear una justicia de calidad»*.

La medida no ha estado exenta de crítica, el propio Consejo se manifestó claramente en contra en su informe preceptivo³⁴⁸. En el debate parlamentario se pusieron además de manifiesto algunos problemas de adecuación de la norma y la finalidad pretendida. Como resaltó, Margarita Uría³⁴⁹ la diputada representante del Grupo Parlamentario del PNV, es cuestionable que el nuevo quórum favoreciera el nombramiento discrecional de estos cargos siguiendo los criterios de mérito y capacidad, pues para que sea posible un acuerdo, se podría concluir con el nombramiento «de juristas mediocres, menos polémicos, menos significados y que quizá supusiese una bajada en el escalón de los méritos de quienes puedan componer o llegar a desempeñar puestos tanto en el Tribunal Supremo como en los Tribunales Superiores de Justicia»³⁵⁰.

En nuestra opinión, al igual que para gran parte de la doctrina, la medida nos parece acertada pero insuficiente. Como señala Martínez Alarcón, «y a pesar de lo que señala el informe del CGPJ», el nuevo quórum puede corregir el grave desequilibrio representativo actual del poder judicial en la composición de sus altos cargos al ser «un instrumento mucho más adecuado para garantizar una mayor pluralidad de sensibilidades en la cúspide judicial que el derogado quórum de la mayoría simple», además de favorecer indirectamente el grado de independencia de aquellos magistrados con expectativa de promocionar al Tribunal Supremo o a los Tribunales superiores de Justicia que «ahora saben que su ascenso no depende exclusivamente de la voluntad de la mayoría simple que previsiblemente puede conseguir un único colec-

art. 122.2 CE. Véase por ejemplo MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a Luz, «La selección de la carrera judicial en España», *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha*, núm. 7, 2003, pg. 167.

348. Hay que recordar que la ley fue impugnada ante el TC –recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario del PP–, precisamente por un supuesto defecto formal en su aprobación al no presentarse el informe preceptivo del CGPJ al Proyecto de Ley en la segunda oportunidad en la que se sometió dicho texto por el procedimiento de urgencia a la aprobación de las Cámaras. El Gobierno por su parte, consideró cumplido el trámite, al ser el texto sometido al Congreso de los Diputados en esta segunda ocasión idéntico al ya presentado, y que había sido rechazado por el Congreso al producirse en su votación la ausencia de diputados del PSOE y de otros grupos parlamentarios que apoyaban el texto.

349. Actual Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

350. Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente; núm. 31, de 21 de septiembre de 2004.

tivo –con una sensibilidad determinada– en el Pleno del Consejo»³⁵¹. Todo ello sin perjuicio de la necesidad, en la que ha venido insistiendo asimismo esta doctrina, de introducir la obligación del CGPJ de establecer previamente los criterios y baremos objetivos para la valoración de los méritos y capacidad, además de motivar las propuestas de nombramiento en función del grado de cumplimiento de estos mismos criterios y baremos³⁵². Obligación esta del CGPJ, la de motivar sus actos, introducida en la LO 16/1994 «*que nadie ajeno al poder de nombrar pone en cuestión, pero que, paradójicamente, nadie que se halle en situación de ejercerlo observa ni está dispuesto a observar*»³⁵³.

Para concluir en este apartado, procede insistir en un argumento que es de sobra conocido por la doctrina y que caracteriza la «esencia» de la práctica jurídica holandesa en el Ministerio Público. Ya lo hemos insinuado, pero lo expresa nítidamente HERNÁNDEZ GARCÍA al señalar que las instituciones no se definen sólo por sus reglas formales sino, también, por las «prácticas» que generan y les dotan de sentido. Como subraya dicho autor «el demiurgo institucional no es, por tanto, omnipotente. El puede diseñar las instituciones, pero la manera en que éstas actúan dependerá de las prácticas que desarrollen, las cuales quedan fuera del control del demiurgo». Y el problema fundamental del CGPJ, es por una parte, que sus mecanismos decisoriales «nunca se ajustaron a adecuadas condiciones de producción» y que, por tanto, «el débil sistema inmunológico que la Constitución le brindaba, por la vía de la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Constitucional», se muestre por otra parte crecientemente ineficaz frente a la presión política, viéndose limitado su espacio funcional como órgano de gobierno de uno de los poderes previstos en la Constitución³⁵⁴.

En cualquier caso, en nuestro sistema, y aquí sí a diferencia de Italia, todos estos problemas y cuestiones que hemos descrito al referirnos al CGPJ, no afectan directamente al Ministerio Fiscal español, cuyo órgano de gobierno no es el CGPJ. Aunque sí le afecten indirectamente, debemos matizar. Cuando se pregunta por el «estado de la justicia» en nuestro país, no se hace una distinción precisa entre sus órganos y los problemas de unos y de otros tienen un reflejo en la consideración general que tiene la ciudadanía del sistema judicial en su conjunto.

351. MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a Luz, «El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo. A propósito de la reciente reforma del artículo 127 LOPJ», *Jueces para la democracia*, núm. 52, marzo 2005, pg. 39.

352. Así por ejemplo, toda la doctrina mencionada en el citado volumen de *Jueces para la democracia*, núm. 52, marzo 2005.

353. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. «Racionalizar...», *Jueces...*, *op. cit.*, pg. 15.

354. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Una reforma...», *Rev. Jueces...*, *op. cit.*, pg. 9.

La posición jurídico-constitucional del Ministerio Fiscal

I. EL RECONOCIDO CARÁCTER DUAL DEL MINISTERIO PÚBLICO HOLANDÉS

Ya hemos constatado que, en el sistema holandés, no existe una previsión constitucional de la institución del Ministerio Fiscal. En este sentido, procede no obstante advertir que el laconismo constitucional en la regulación del Ministerio Público holandés vuelve a repetirse en su tratamiento legislativo que, sin duda, es muy abierto. Además existen muchas disposiciones dispersas –Reales Decretos, e incluso órdenes ministeriales– que completan su regulación³⁵⁵.

La propia Constitución holandesa nos remite a la Ley. Así su artículo 107 establece que *«El Derecho Civil, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal deberán ser regulados por Ley en Códigos, sin perjuicio de la potestad de regular ciertas materias en Leyes separadas»*.

El Ministerio Fiscal holandés se encuentra regulado en tres importantes instrumentos legislativos:

1. El Código Penal *«Wetboek van Strafrecht»* de 1881:

El primer libro de este código –contiene tres– se refiere a la parte gene-

355. Resulta esclarecedor al respecto, la escasa atención que le prestan los juristas holandeses al derecho positivo en el sentido formal del término. Por ejemplo, ninguna de las personas a las que tuve ocasión de entrevistar, Catedráticos, Fiscales, Directores Generales, Funcionarios del Ministerio de Justicia, supo precisar en aquel momento en qué Real Decreto se encuentra desarrollado el procedimiento de formación de las comisiones de designación para el nombramiento de nuevos fiscales y la propuesta para los ascensos en la carrera. Lo que no quiere decir, que no conocieran su contenido en líneas generales. Tampoco encontramos bibliografía específica al respecto.

ral. Contempla las normas acerca de su ámbito de aplicación; se refiere a las medidas punitivas y sanciones; regula la tutela judicial, los delitos en grado de tentativa y la extensión de la responsabilidad criminal por participación. Asimismo establece la reducción de sentencias en casos de concurrencia de responsabilidad y la prescripción de los delitos y el reconocimiento del principio *non bis in idem*. Entre estos preceptos, pueden encontrarse múltiples misiones y competencias del Fiscal para intervenir en tales situaciones. Por ejemplo los apartados d), h, i), de su artículo 14 y los apartados b) y e) del 36, que regulan su obligada participación en los casos de suspensión de condena, o prevén la necesaria intervención del Fiscal para la imposición de penas pecuniarias restitutivas. Cabe asimismo aludir expresamente a los arts. 74 y ss. del citado Código que regulan la capacidad de actuación de los Fiscales en la «transaction», o mediación con el fin de poner fin al proceso en su fase previa. En el segundo y el tercero de sus libros, se prevén y tipifican los crímenes más graves.

2. El Código del Procedimiento Criminal «*Wetboek van Strafvordering*» de 1926:

El Código está dividido en cinco libros. El primero de ellos contiene previsiones sobre distintas competencias de la policía, el fiscal y los jueces, sobre los derechos del demandado y del abogado defensor en el proceso, así como sobre medidas cautelares coercitivas tales como la detención preventiva, el decomiso de propiedades o el registro de establecimientos públicos. Por ejemplo, su título primero se titula «*Strafvordering in resten aanleg*» que quiere decir «De la acusación en general». El Libro Segundo contiene las previsiones legales sobre la instrucción «*pre-trial stage*». En su Título I, denominado «*Strafvordering in resten aanleg*» que quiere decir «La acusación ante los juzgados», contiene el capítulo referido a la «Investigación Criminal» «*Het opsporingsonderzoek*», un segundo capítulo con el encabezamiento «*De Officieren van justitie*», «Del Oficial de justicia», terminología clásica para designar al Fiscal. Este Título incluye los arts. 141, 148 y 149 por los que se atribuye a los fiscales la investigación de los delitos en cualquier jurisdicción, dando curso a la misma mediante órdenes, en el supuesto de que no pertenezcan a la jurisdicción del tribunal donde ejerce sus funciones, o bien, realizando por sí mismo las actuaciones preliminares para la apertura de la instrucción... También por ejemplo en el Título III referido a la «Investigación Judicial Preliminar por los Juzgados» «*Gang van het gerechtelijk vooronderzoek*», se ubica el Capítulo Primero «*De vordering van der officier van justitie*» que regula el ámbito de la «Demanda del Fiscal», cuyo primer artículo, el número 181, declara que la instrucción del proceso debe ser abierta a solicitud del Fiscal. Por su parte, el Libro Tercero trata de los recursos legales tales como la

segunda instancia o la casación. El Libro Cuarto contiene los preceptos referidos a los procesos penales especiales para los delitos cometidos por menores y los cometidos por entidades corporativas. El último Libro está dedicado a la implementación de las decisiones judiciales. En todos ellos encontramos, aunque dispersas, importantes competencias diversas asignadas a los Fiscales. Por ejemplo en este último Libro, referida a la ejecución de sentencias: una de las tareas fundamentales asignadas al Fiscal holandés.

3. La Ley de Organización de la Judicatura «*Wet op Rechterlijke Organisatie*» de 1827, cuya reforma en 1999, afectó profundamente al Ministerio Fiscal. En modo muy similar a lo que sucedería, un año después, en la judicatura. En su nueva redacción ha quedado compuesta de seis capítulos: Cap. I. Disposiciones Generales; Cap. II. Organización de los Tribunales; Cap. III. Del Fiscal General del Tribunal Supremo; Cap. IV. Del Ministerio Público. Los capítulos V y VI constan de un artículo cada uno –145 y 146 respectivamente–. El primero de dichos artículos hace referencia al concurso público requerido para el ingreso en la carrera y estipula la vía reglamentaria para su regulación. El segundo determina el título oficial de la ley «*Wet op de rechterlijke organisatie*», (RO) que iremos analizando más detenidamente a lo largo de estas páginas.

En este sentido, la primera cuestión que, a nuestro juicio, debe preguntarse es –partiendo de las peculiares fuentes del derecho holandés, así como de su particular concepción de la teoría de la Ley Fundamental– hasta qué punto estas normas, contienen principios que forman parte del «*basic law*», en lo que se refiere a la regulación del Ministerio Público.

La cuestión encuentra una respuesta más o menos unánime en la doctrina, no obstante, conviene adelantar algunas apreciaciones. Como ya hemos señalado, el Ministerio Fiscal holandés no es una institución de rango constitucional y, por tanto, a nivel formal, cualquiera de sus modificaciones habrá de seguir como único requisito formal el procedimiento legislativo: el Parlamento podrá en cualquier momento, en el ejercicio de sus competencias, modificar cualquier aspecto concerniente a la institución. De este modo, una opinión generalizada –tanto dentro del Ministerio Público como entre la doctrina– es que, en principio, nada concerniente al mismo es «*intocable*»³⁵⁶.

356. Ésta fue la expresión literal de Bert BERGHUIS: «*nothing is untouchable*». Bert BERGHUIS pertenecía en el año 2004 a la «*Supportive Section*» del National Parket, Oficina Nacional, que pertenece y asesora al «*Board of Prosecutors General*», máximo órgano del Ministerio Público) y era jefe del Departamento de investigación «*Head of the Researching Development*». Tuve ocasión de entrevistarle dos veces, en marzo y mayo de 2004. Como el mismo se auto definió, él era un «*manager*» y su trabajo diario consistía tanto en asesorar al citado órgano en el diseño y puesta en marcha de estrategias para combatir el crimen organizado, como en planificar y establecer las necesidades de la organización interna del Ministerio Público, entre otras importantes tareas. Había participado como asesor de la institución en las negociaciones con el Ministe-

Y de hecho, como veremos enseguida, cuestiones de alcance relevante, han sido modificadas –tanto en el ámbito interno de la institución, así como en sus relaciones externas con el resto de poderes– en la mencionada última reforma. No obstante, esta opinión suele ir acompañada de diversas perspectivas, quizá un tanto personales, que resaltan la importancia de determinados principios que han acompañado históricamente al Ministerio Público holandés, y que no dudan en calificar de «elementos esenciales» acerca de su naturaleza actual y de siempre. MEYER, por ejemplo, resalta el principio de oportunidad como uno de sus elementos más esenciales, al que difícilmente podría renunciarse³⁵⁷.

Acerca del principio de oportunidad, BERGHUIS, B., por su parte, subraya cómo su conveniencia –aunque en ocasiones este principio ha sido puesto en tela de juicio– produce que finalmente siempre acabe intacto, dada su importancia en el sistema de justicia holandés, junto a la inexistencia de alternativas viables a su desaparición. Y lo mismo sucede –a su juicio– con la relación existente entre la policía y el fiscal. También cuestionada en ocasiones, tanto en sus relaciones institucionales como en el control ejercido por el Fiscal sobre la policía durante la fase de investigación y que, sin embargo, es un elemento distintivo y particular de la fiscalía holandesa, «sin el cual, se convertiría en un fiscal igual al del modelo alemán»³⁵⁸.

Por último, y desde un punto de vista orgánico, BESSELINK subraya que la misma pertenencia del Ministerio Público al Poder Judicial es un elemento de ese «*basic law*» difícilmente modificable, pues su reforma afectaría sin duda al principio de separación de poderes. En este mismo sentido y, ante el vacío constitucional acerca de la institución y del propio principio de separación de poderes, sostiene el autor que la legislación encargada de desarrollar la acusación criminal –proceso penal– y la propia organización del Ministerio Público, deben considerarse documentos de relevancia constitucional,

rio de Justicia sobre la reforma del Ministerio Público –Bert BERGHUIS es psicólogo–. Parecida opinión mostró Egbert MEYER, para quien los principios de «*due process*», que sólo parcialmente afectan al Ministerio Público, eran principios intocables, mientras que el principio de oportunidad por ejemplo, resulta «muy apreciado». E. MEYER era en mayo de 2004, cuando le entrevisté, Fiscal General del Tribunal de Apelación de la circunscripción judicial de Amsterdam. Al poco tiempo fue nombrado Juez del TEDH. No obstante, L. BESSELINK, matizó que pocos principios se le antojaban intocables, «*si es que hay alguno*».

357. BERGHUIS, B., entrevista personal, mayo 2004. De la misma opinión participa BRUINSMA, para quien la noción de «*beleid*» es totalmente aplicable a la política criminal. Y para hacerlo efectivo es necesario apelar al principio de oportunidad.

358. BERGHUIS, B., entrevista personal. En este sentido afirmaba continuando su disertación que, «mencionada esta cuestión –la asimilación con el Fiscal alemán–, lo que además obligaría a hacer de la policía una organización más autónoma, nadie quiere continuar la discusión».

y el legislador así debe considerarlos a la hora de su redacción³⁵⁹. En nuestra modesta opinión, la amplísima ronda de consultas realizadas y el consenso alcanzado en la modificación de la RO de 1999, al menos en cuanto al Ministerio Fiscal se refiere, muestra, en esta ocasión, que tal preocupación existió de forma notable³⁶⁰. De igual modo puede afirmarse que la significativa reforma que afectó a esta institución, es una muestra más de la ausencia de una garantía constitucional referida a sus elementos más básicos. Al menos si nos atenemos al punto de vista racional-normativo que caracteriza al constitucionalismo italiano o español.

1. LA NATURALEZA DEL MINISTERIO PÚBLICO HOLANDÉS

Dentro de la doctrina holandesa, la discusión acerca de la naturaleza del Ministerio Público se afronta bajo características propias muy ligadas a su peculiar constitucionalidad –de hecho, nos volveremos a enfrentar, otra vez, a un cierto vacío normativo, propio de esa preferencia por las políticas antes que por la norma³⁶¹–. La discusión acerca del significado del artículo

359. «Dado que tenemos una Constitución breve, que contiene pocos elementos sobre la persecución de los delitos, es competencia del legislador establecer los procedimientos adecuados. Creo que, desde esta perspectiva, el Código de Procedimiento Criminal y la Ley de la Organización del Poder Judicial son en este sentido documentos constitucionales. Dado que debe ser la ley la que establezca la relación entre el Ejecutivo y el Poder Judicial –en relación con el principio de separación de poderes, que no está regulado en la Constitución– existen numerosas cuestiones fundamentales sobre las que ha de pronunciarse el legislador. Por ejemplo, sobre el órgano de acusación mismo, su posición institucional, hasta qué punto debe dotársele de un "status" judicial, su pertenencia formal al Poder Judicial, las relaciones con el Ministro de Justicia, son decisiones esenciales que afectan al principio de separación de poderes entre el Ejecutivo y el Poder Judicial. Aunque tengan ambas normas rango legal, insisto en que son cuestiones de relevancia constitucional, y así deben considerarse, aunque la propia Constitución delegue en la ley la obligación de regularlas. No obstante, el legislador no siempre otorga la suficiente relevancia al hecho de que están legislando "constitucionalmente"». BESSELINK, L., *op. cit.*, En este sentido, BESSELINK realiza una dura crítica contra la reciente reforma procesal –y la despreocupada actitud del legislador– mediante la que se otorga la facultad de «juzgar» «*minor offences*» al Fiscal, pues sin duda afecta, según sus afirmaciones, a principios constitucionales relevantes.

360. Como hemos mencionado anteriormente, la reforma del Ministerio Público fue parte de un proceso más largo y ambicioso que afectó a todo el Poder Judicial. En lo que se refiere en concreto a la institución, además del ya mencionado Comité Donner, que dedicó años a la preparación del informe para abordar su reforma, y que fue paulatina (1994-1998), la ley definitiva fue pactada con amplio consenso entre las dos asociaciones de mayor raigambre en Holanda – Asociación de la Administración de Justicia de Holanda (NVvR) y la Asociación de la Abogacía de Holanda (NOvA) y a nuestro juicio también con la Fiscalía (Parliamentary Doc. 25 392). BERGHUIS, B. afirma que en el texto definitivo «se introdujo el 90% de lo que sugerimos» –entrevista personal, mayo 2004–. Y muy conforme con la nueva ley afirmó encontrarse E. MYJER. En contadas ocasiones se dan estos hechos y valoraciones en la política española.

361. BRUINSMA, F., entrevista personal.

124 de la CE, o acerca del art. 107 de la CI³⁶², que tanto afectan a la consideración de la naturaleza de la institución, no se sustancian en el ámbito holandés. Poco importan las interpretaciones hermenéuticas de disposiciones legislativas, o las formulaciones ideales en términos normativos teóricos o incluso históricos. Los argumentos que se manejan en torno al Ministerio Público en Holanda versan fundamentalmente sobre cuestiones prácticas: puede y debe asumir una competencia o no debe asumirla; qué tipo de relaciones institucionales ha de mantener para el correcto ejercicio de sus competencias; cuáles son los criterios de eficiencia que debe asumir la institución y, acaso, cuál debe ser su organización ideal, más ajustada, para el logro de unos propósitos previamente establecidos, de forma clara.

Si el Ministerio Público holandés pertenece al Ejecutivo o al Poder Judicial, si tiene un carácter más administrativo o judicial, son cuestiones a las que tal vez pueda llegarse a modo de conclusión, pero, en líneas generales, no son planteadas de manera dogmática, tal y como frecuentemente lo plantea la doctrina española o italiana.

La misma noción de naturaleza «dual» con la que calificamos a esta institución –ya desde el título que encabeza este apartado– y que goza de gran predicamento en la doctrina constitucional holandesa es, a nuestro juicio, una cualificación que difícilmente aceptarían quienes aplican argumentos análogos a los que se predicán del Ministerio Fiscal español, tal y como tendremos ocasión de analizar al recoger la discusión sobre el art. 124 de la CE. Desde las diversas perspectivas que argumentan la pertenencia dogmática del Ministerio Público a alguno de los tres poderes del Estado, es indudable que el OM holandés –recordemos, «*Openbaarministerie*»– se adscribe al Ejecutivo³⁶³. De hecho, la doctrina holandesa afirma sin ambages que el Ministerio Público depende –para ciertas cuestiones muy relevantes– del Ministerio de Justicia. No obstante, el Ministerio Público holandés, según toda la doctrina, no pertenece al Ejecutivo, ni siquiera a la Administración, sino al Poder Judicial. Y aunque pueda parecer extraño, estas dos afirmaciones aparentemente contradictorias, al menos planteadas en estos sencillos términos, no son objeto alguno de discusión ni de polémica.

Más allá de estas afirmaciones de apariencia meramente especulativa, lo que se pretende resaltar es el peligro de confusión que ciertas aproximacio-

362. Es decir, sobre si el carácter de magistrado del fiscal y la pertenencia del Ministerio Público italiano al «Ordine Giudiziario» implica la extensión de todas y cada una de las garantías de la judicatura al fiscal.

363. Creemos que, entre la doctrina española, sólo los defensores de la naturaleza «híbrida», «particular», de «órgano autónomo» del Estado sobre el Ministerio Fiscal del artículo 124 de la CE, apreciarán el carácter «dual» atribuido al Ministerio Público holandés.

nes conceptuales a la institución podrían acarrear en el caso holandés. Desde la doctrina holandesa la dependencia del Ministerio Público del Ministro de Justicia no conduce a que éste no ejerza sus funciones con total autonomía. Incluso, es posible defender que el fiscal holandés las ejerce con mayor «independencia» del poder político que el fiscal español³⁶⁴. En la doctrina holandesa las argumentaciones a través de las que dogmáticamente se asocia la relación con el ejecutivo con una falta de autonomía de la institución para el ejercicio de sus funciones, son rechazadas. Igual sucede con aquellas que niegan al Ministerio Fiscal el estatus de órgano del poder judicial en virtud de la misma relación con el ejecutivo. La discusión sobre la autonomía del Ministerio Fiscal o la independencia de la judicatura, ha residido siempre en la realidad del ejercicio de sus competencias, esto es, si éstas realmente se ejercen con autonomía e independencia, y no en función del estudio teórico de sus relaciones y posiciones institucionales establecidas apriorísticamente en la ley o en la Constitución. Y en realidad, términos como dependencia, independencia, autonomía, órganos propios, no aparecen en la legislación holandesa, aunque por supuesto sí se debatan en la doctrina.

La gran reforma de los años 90 afectó al Ministerio Fiscal, además de en su composición, órganos y estructura jerárquica, en dos puntos esenciales de su naturaleza:

- i) modificó su estructura original de órgano enteramente formado por fiscalías acreditadas ante los tribunales, formando una nueva organización integral que pudiera responder como una unidad;
- ii) produjo la desvinculación orgánica de la institución con la Secretaría de Estado de Justicia, a la par que se reafirmó su relación jerárquica con el Ministro de Justicia³⁶⁵.

364. Así lo defiende enérgicamente John VERVAHELE en su entrevista personal, que es además un profundo conocedor del Ministerio Público francés, italiano y belga. Fue responsable, junto con DELMAS-MARTY, de la redacción final del *Corpus Iuris* y del trabajo VERVAHELE, John y DELMAS-MARTY, M., *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Intersentia, Anwerpen-Groningen-Oxford, 2000. Es evidente que la doctrina holandesa mantiene en este sentido un concepto de independencia, tanto para jueces como para fiscales, muy similar a la que mantiene cierto sector de la doctrina española, según el cual «la firmeza o el respaldo de que puede disfrutar en cada ordenamiento la garantía de la independencia judicial no se halla, pues, en función de la competencia relativa a la selección de los jueces, ni de su gobierno interno, sino de las garantías para el imparcial ejercicio de la jurisdicción una vez que se ha accedido, por cualquiera de las vías (funcionariales, electivas o por designación), a la dignidad judicial y, correlativamente, a la legitimación para el ejercicio de la potestad jurisdiccional». Más adelante podremos constatar que eso es precisamente lo que pretendió conseguir el legislador holandés al reformular la relación entre el MP y el Ministro de Justicia. LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia...*, *op. cit.*, pg. 118.

365. Como dice GAR YEIN, «los cambios de 1999 en la "Judicial Organization Act" significaron que el fiscal se separase tanto del Ministro de Justicia como del los propios

2. EL FISCAL COMO MIEMBRO DEL PODER JUDICIAL

El modelo moderno de Ministerio Público en Holanda surge –como en tantos otros sistemas de nuestro entorno– durante la dominación francesa. Ya tuvimos ocasión de señalar que ese período en Holanda sucede entre los años 1811-1813, cuando forma parte del Imperio napoleónico. Así, el Ministerio Público de 1814, se configura sobre los lineamientos de la recién inaugurada monarquía centralista holandesa bajo una estructura burocrática, jerárquica y centralizada.

Características estas que, sin embargo, han ido evolucionando de manera diversa al modelo francés. Si la «*magistrature débout*» estaba entonces y aún hoy supeditada al ejecutivo, la «*staande magistratuur*» holandesa, aunque nombrada por Real Decreto –cuestión en la que, de todos modos, no se diferenciaba de la judicatura– desarrolló pronto una actitud de independencia frente al gobierno, comportándose en calidad de autoridades locales, responsables únicamente ante la ley y sus consecuencias, y en este sentido, de forma muy descentralizada, tal y como era su tradición. Tal y como ha sido resaltado en este sentido por la doctrina especializada, difícilmente se eliminan los viejos hábitos «actitud que en realidad encontraba su base legal en la Ley de 1827», por la que «los miembros del Ministerio Público pertenecen al poder judicial, aunque no sean nombrados de por vida como los jueces»³⁶⁶. A nuestro juicio, existe también otro hecho fundamental que, aunque el Ministerio Público holandés mantenga hoy muy estrechas relaciones con el Gobierno, separó ya desde los inicios ambas «magistaturas». Al contrario que en el modelo francés, el fiscal holandés jamás ha asumido la competencia de representar al Estado en los procesos administrativos o civiles³⁶⁷.

juzgados, convirtiéndose en una entidad autónoma, aunque la responsabilidad política ministerial se mantuvo intacta». YEIN GAR, «Quality and Justice in the Netherlands», *The administration of justice in Europe: towards the development of quality standards*. FABRI, MARCO; LANGBROECK, Philip; PAULIAT, Hélène, *Mission de Recherche Droit et Justice*, Ministère de la Justice/CNSR-France, Institute of Constitutional and Administrative Law, Utrecht University-The Netherlands 2003, pg. 316.

366. KEIJZER, Niko, «The Netherlands», *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, Louise Arbour, Albin Eser, Kai Ambos, Andrew Sanders, Edition Iuscrim, 2000, pg. 414.

367. En el sistema holandés no existe un verdadero cuerpo profesional del Abogados del Estado. El «*landsadvocaat*» es un título honorífico con el que se denomina a los abogados privados que representan a las distintas administraciones del Estado en los diversos litigios administrativos y civiles. Estos abogados son contratados por las administraciones para tal fin. No obstante, puede ser un puesto de gran responsabilidad según el tipo de administración o agencia estatal a la que represente. *Vid.* BRENINKMEIJER, A. F. M., «Judicial organization», *Introduction to Dutch Law*; J. M. J. CHORUS, P. H. M. GERVER, E. H. HONDIUS and A. K. KOEKKOEK, Kluwer Law Internacional, 1997. Por ejemplo, uno de estos abogados acabó siendo «Chairman» del «College Van Procurators General» del Ministerio Público. Es decir, su máximo responsable.

Por tanto, el Ministerio Público previo a la reforma de 1999 funcionaba, en correspondencia con la práctica que desarrollaba hasta entonces, como un órgano adscrito a los diferentes juzgados y tribunales (Ley [RO] de 28 de junio 1956). Hoy esa correspondencia ha sido modificada. Y éste es, sin duda, uno de los grandes cambios acontecidos.

Dos modificaciones fundamentales han quebrado esa relación. Acabamos de subrayar una de ellas. La Fiscalía del Tribunal Supremo ya no pertenece al Ministerio Fiscal. Baste recordar que el Fiscal del Tribunal Supremo y su fiscalía son un órgano independiente a nivel orgánico y funcional del Ejecutivo y del propio Ministerio Fiscal. No así del poder judicial, evidentemente, al que sigue perteneciendo, siendo precisamente uno de los motivos de su reforma –según la doctrina y la propia exposición de motivos de la ley– las competencias especiales atribuidas a esta fiscalía. En este sentido, tanto el recurso de casación –que no es un verdadero recurso, pues no está basado en un litigio entre partes sino en una vulneración formal de la ley– como su misión de acusar a los aforados en su jurisdicción, aconsejan la total desvinculación de un Ministerio Fiscal, que adquiere una nueva estructura y puede recibir órdenes directas del Ministro de Justicia. Por eso sugeríamos anteriormente que el cambio en la fiscalía del Tribunal Supremo no se debía tanto a un modo de acometer la reforma –pues pocos cambios se registran en el seno de la misma– sino que se produce a consecuencia de la reforma acometida en el resto de la institución.

Y así, el segundo de los elementos, íntimamente relacionado con el primero, es la creación de un Consejo de Fiscales Generales «*College van Procureurs-General*» o «*Board of Prosecutors General*» –tal y como se refiere al mismo la literatura holandesa escrita en inglés, así como la propia traducción de la ley– como nuevo máximo órgano de la fiscalía y principal responsable, que, a su vez, no está adscrito a ningún juzgado ni tribunal.

No obstante, el legislador holandés se esfuerza en hacer entender mediante la exposición de motivos de la citada «*Rechtterlijke Organisatie*» de 1999 lo siguiente, que:

«estas modificaciones no alteran el hecho, también de ahora en adelante, de la innegable significación que deba atribuirse a la relación entre el Ministerio Público y los Tribunales. En el ámbito de hacer cumplir la legalidad del derecho penal, el Ministerio Público tiene la tarea de contribuir –de modo imparcial y sin prejuicios– para alcanzar la verdad material y debe sustentar la legalidad de la investigación y la acusación. El Tribunal debe poder confiar en que también ahora el Ministerio Público adoptará semejante actitud, y que también con esta misma actitud cumplirá su función...».

Y continúa la motivación de dicha normativa señalando que:

«en contra de lo que pudiera pensarse, dado este cambio en la relación orgánica con los tribunales, pero consecuentemente con esta ley, el Ministerio Público continuará siendo parte de la organización judicial en el futuro»³⁶⁸.

Los argumentos de derecho positivo –legislativo– acerca de la pertenencia del MP al poder judicial, son los siguientes:

- Igual que en la situación anterior, las fiscalías de distrito y de apelación continúan estando vinculadas en cuanto a su ubicación orgánica, a las de los juzgados y tribunales donde ejercen sus funciones.
- La estructura y los poderes de las fiscalías, si bien reestructuradas, continúan regulándose en la RO. Los poderes y misiones del nuevo Consejo, aunque no guarde relación con la estructura de los tribunales, están también contemplados en la RO. De lo que se deriva la pertenencia del Ministerio Público, como unidad, al poder judicial.
- De conformidad con la nueva ley y la aplicación del criterio de continuidad en la condición de «magistrado» del fiscal, las disposiciones legales comunes de jueces y fiscales relativas a su condición de funcionarios públicos continúan aplicándose³⁶⁹. Esto significa, a su vez, que la Ley que regula el Estatuto de los funcionarios públicos «*Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren*» WRRRA, en la que también se regulan determinadas condiciones del estatuto de jueces y magistrados, no haya registrado modificaciones relevantes, a excepción de la correlativa reordenación y adaptación a las nuevas denominaciones de ciertos cargos. O como se ha hecho notar asimismo en la bibliografía consultada, «la adaptación a la categoría salarial 3, del art. 7, del nuevo Fiscal jefe de la nueva Fiscalía Nacional»³⁷⁰.

En cuanto a la argumentación constitucional de la reforma, ya se ha hecho parcialmente referencia a la misma al abordar de la configuración del

368. Par. Docs., *op. cit.*, pg. 3. Sin duda le preocupa al legislador que estos cambios puedan percibirse como una disminución del carácter de «magistrado» –«*magisterial attitude*» es la expresión de la doctrina holandesa– tanto en el seno de la institución como en su imagen externa, en favor de un carácter más ejecutivo. Aunque en este caso el legislador no utilice el término Poder Judicial, lo hará en todo el resto de la exposición de motivos.

369. Estas disposiciones se incluyen en el Cap. I. de la ley: «Disposiciones Generales». Y así, en el artículo 1 de la misma, se dispone que los miembros del Ministerio Fiscal y de la Judicatura son considerados «funcionarios judiciales». «*Judicial officers*» es la traducción inglesa del original «*rechterlijke ambtenaren*».

370. Parl. Docs. *op. cit.*, pg. 39. Ley a la que hay que añadir la «Ley de condiciones de empleo de los funcionarios judiciales» (*Wet arbeidsvoorwaarden rechterlijke ambtsdragers*) que regula fundamentalmente algunas condiciones salariales especiales de jueces y fiscales. También habría que añadir, en todo caso, numerosos reglamentos.

poder judicial holandés. Y en este sentido, la ya citada exposición de motivos insiste en que las modificaciones se han producido en absoluto respeto al sistema constitucional. Desde el propio concepto abierto de poder judicial previsto en la Constitución holandesa, su artículo 117.1 confirma que, en su seno, existen miembros encargados de administrar justicia y miembros que no. Por otro lado, la exclusiva referencia al Fiscal General del Tribunal Supremo, órgano nombrado de forma vitalicia al igual que los jueces, así como la inexistente referencia alguna a cualquier otro miembro de la institución, indica una ausencia total de prescripciones constitucionales referidas al Ministerio Fiscal. No existe pues, recordemos, una construcción constitucional ni del Poder Judicial ni del Ministerio Público. De este modo y como se subraya, «bajo este contexto, el concepto de Poder Judicial sostenido en la RO, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 117 de la Constitución, establece que los miembros del Ministerio Fiscal pertenecen al Poder Judicial, siendo miembros no encargados de administrar justicia»³⁷¹. Y cabe comprobar fehacientemente esta situación en las disposiciones del artículo 1 de la citada RO³⁷².

371. Parl. Docs. *op. cit.*, pg. 3. Lo cual era y sigue siendo la posición histórica del Ministerio Público holandés.

372. Al respecto dispone el citado artículo 1 lo siguiente: «A los propósitos de esta ley y de las regulaciones basadas en ella, los términos mencionados a continuación tendrán el siguiente significado:

A) *Tribunales*: los tribunales mencionados en el artículo 2;

B) *Funcionarios judiciales*:

1. *el Presidente del Tribunal Supremo*;

2. *los Vice-presidentes coordinadores, los Vice-presidentes, los magistrados, los magistrados de los servicios adicionales, los magistrados suplentes, los jueces y los jueces suplentes de los tribunales*;

3. *el Procurador General del Tribunal Supremo, así como el Procurador General adjunto, el Procurador General y los Procuradores Generales de los servicios adicionales*;

4. *los Procuradores Generales que forman el Consejo de Procuradores Generales del artículo 130*;

5. *los Fiscales Generales y los Fiscales Generales de las fiscalías de los Tribunales de Apelación*;

6. *los Fiscales y los Fiscales Sustitutos de las fiscalías de distrito y la de la fiscalía nacional*;

7. *los Secretarios judiciales de los tribunales*;

8. *el "griffier" y el "griffier" sustituto del Tribunal Supremo*;

C) *los funcionarios judiciales encargados de la administración de justicia*: los oficiales judiciales mencionados bajo la sección B en los apartados 1 y 2;

D) *Los oficiales funcionarios*: funcionarios públicos que sirven en los tribunales en términos laborales;

E) *el Tribunal Supremo*: el Tribunal Supremo de Holanda;

F) *el Ministro*: el Ministro de Justicia;

G) *el Consejo*: el Consejo del Poder Judicial»

En relación a esta transcripción, consideramos necesario realizar algunas precisiones lingüísticas. En este caso, hemos decidido traducir al castellano la versión inglesa de la ley de la que disponemos. Se han utilizado distintos términos para designar a los fiscales, pues así sucede en la traducción inglesa, y por supuesto en holandés. Los «Procuradores Generales» se denominan «*procureurs-generaal*», los Fiscales Generales «*advocaten-generaal*», y los fiscales «*officiëren van justitie*», siempre escritos en minúscula, por cierto. No obstante, continuaremos denominando a estos cargos según la

La ley sigue de forma casi milimétrica la propuesta interpretación del artículo 117 de la Constitución holandesa. Jueces y fiscales pertenecen al mismo grupo de funcionarios del Estado, y cuando la ley haya de referirse únicamente a los jueces y magistrados, lo hará a través de la única cualidad que les distingue: como funcionarios judiciales «encargados de la administración de justicia»³⁷³. Si esa precisión no es necesaria, se referirá a ambos –jueces y fiscales– como «funcionarios judiciales».

En realidad, lo que efectúa con profusión la ley, aunque se refiera a todos los funcionarios judiciales, es mencionarlos a todos, no obstante, cabe precisar, del modo en que cabría presuponer. Como hemos dicho, jueces y magistrados son «funcionarios judiciales encargados de la administración de justicia», los fiscales «funcionarios judiciales» y respecto de los secretarios judiciales, se distingue entre «*gerechtsauditeurs*» de los tribunales y el «*griffier*» titular y «*griffier*» sustituto del Tribunal Supremo. Así sucede por ejemplo en los artículos 13 y 14, al referirse a la prohibición de ejercer funciones judiciales cuando existan relaciones de parentesco dentro de los tribunales o con los abogados. La distinción, o la denominación de magistrado o fiscal, no aparecen nuevamente hasta que se abordan cuestiones específicas como por ejemplo, la composición del Tribunal Supremo (art. 72), o las competencias de los fiscales jefes (art. 126).

La citada exposición de motivos justificaba así su decisión en cuestiones nominativas y uso de expresiones:

«En contra de lo propuesto por la Asamblea de Presidentes de las Cortes de Apelación, no vemos razón para hacer una distinción más clara entre los funcionarios judiciales y los funcionarios judiciales pertenecientes al Ministerio Público –no obstante, de ahí en realidad, se colige que se denomine a los secretarios judiciales por su propio nombre –. Ambas categorías pertenecen al Poder Judicial en el sentido que le otorga la RO. Incluso en la actual disposición de la Ley sobre el Estatuto de los funcionarios judiciales "Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren" (WRR) en su artículo 2, esta distinción no se realiza. Esto no se opone al hecho de que estemos de acuerdo con la Asamblea en que existe una importantísima distinción funcional entre los miembros del Poder Judicial encargados de la admi-

terminología del derecho español. Existe otra distinción que cabe asimismo subrayar: hemos traducido como «Consejo» tanto el término «*College*» como «*Raad*» (términos que corresponden respectivamente al *College van procurators-general* y al *Raad vor de rechtspraak*). El «*griffier*» es el Secretario Judicial del TS que recibe esta denominación especial por tradición histórica.

373. Recordamos aquí que esta traducción corresponde a la fórmula constitucional «*met rechtspraak belast*». La única diferencia entre la CH y la ley es que la primera utiliza la expresión «*los miembros del Poder Judicial encargados de...*», mientras que la ley se refiere más concretamente a «*los funcionarios judiciales encargados de...*».

nistración de justicia y el resto de los miembros del Poder Judicial. En la RO, existen una serie de previsiones referidas únicamente a la categoría de "funcionarios judiciales encargados de la administración de justicia" (jueces y magistrados). En aras de mayor claridad, el apartado C) establece concretamente a qué tipo de funcionarios judiciales se está refiriendo. Cuando la ley utiliza el término "funcionarios judiciales" se refiere a todos ellos»³⁷⁴.

Lo que establece posteriormente la norma son una serie de previsiones generales para todos los funcionarios, muy básicas, como las incompatibilidades (Cap. II); el funcionamiento de cada tribunal; donde se encuentran las disposiciones relativas a las funciones de los secretarios judiciales (Cap. II); y, por último, el funcionamiento de la Fiscalía del TS (Cap. III) y el funcionamiento del Ministerio Público (Cap. IV). Todo ello, no obstante, con múltiples remisiones a Reales Decretos.

Los fiscales son por tanto, según esta normativa y en virtud de la interpretación constitucional, funcionarios judiciales pertenecientes a la misma categoría que los jueces –y secretarios judiciales– y son diferenciados únicamente en razón de un estricto criterio funcional³⁷⁵. La garantía del nombramiento vitalicio del art. 117.1 –interpretada como garantía de independencia– de los miembros del poder judicial «encargados de administrar justicia», que ahora ya sabemos que son los del apartado C) del art. 1 RO, es para el legislador holandés, en los términos en que se pronuncia LÓPEZ AGUILAR, un principio ganancial de proyección exclusivamente funcional, que tiende a proteger al juez (instructor/enjuiciador) en orden de preservar su imparcialidad en el curso de su actuación jurisdiccional. De modo que, como sucede con la inmunidad parlamentaria, «la independencia del juez es una prerrogativa eminentemente funcional. Recubre –insisto de nuevo– no tanto a la persona cuanto a la función. Y ello en el proceso, en el acto de juzgar...». Continúa LÓPEZ AGUILAR, J. F., en este sentido, lo siguiente: «Rematando en un ejemplo: la tesis por la cual la determinación de una prioridad de gasto o de un nuevo control de horarios perturbaría la independencia del titular de un Juzgado, es un disparate explicable solamente en un contexto previamente enloquecido por yuxtaposición de despropósitos cruzados, y destinados de un modo u otro a neutralizarse recíprocamente»³⁷⁶.

374. Parl. Docs., *op. cit.*, pg. 23.

375. Criterio que tiene su importancia práctica desde luego. Esta distinción estrictamente funcional entre jueces y magistrados, al tiempo que posee equivalente estatus personal, es exactamente la idea que defiende para su propio Ministerio Fiscal gran parte de la doctrina italiana. En los términos anteriormente utilizados, el MP gozaría de la misma independencia orgánica externa que la magistratura, no así la funcional. Por ejemplo, GUARNIERI, C., *Giustizia...*, *op. cit.*, o ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*

376. LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia...*, *op. cit.*, 114.

Ésta es exactamente la idea del «*integral management*», antes comentada, introducida de forma casi análoga en las reformas de 1999 y 2002 tanto en el Ministerio Público como en la Judicatura, a través de sendas reestructuraciones orgánicas, mediante la introducción de gestores «*managers*» en las instituciones, incorporando ciclos de «*planning and control*», y la creación del Consejo de Fiscales Generales y el Consejo del Poder Judicial, capaces de asumir su control y, principalmente, el ejercicio de la responsabilidad pública por los resultados de tales «ciclos» frente al Ministro de Justicia, quien asume la responsabilidad política³⁷⁷. Y en este sentido, el paralelismo entre ambos Consejos es visible en su modo análogo de nombramiento: mediante Real Decreto³⁷⁸.

Y en cuanto a su estatus personal, en nada se diferencian jueces y fiscales. Su modo de «reclutamiento», ya sea mediante el sistema de ingreso a través del Centro de estudios del poder judicial y la administración de justicia (programa RAIO) –ingreso prácticamente desde la facultad– o mediante el programa de formación para profesionales del derecho –profesores, abogados...–, es idéntico³⁷⁹. Además, los miembros de una y otra institución pueden intercambiar funciones libremente, basta participar en los concursos de plazas. Lo cual es además una circunstancia muy común en el Poder Judicial holandés³⁸⁰. Por último, y por supuesto, gozan de los mismos derechos salariales y laborales, así como se les aplican las mismas limitaciones en el ejercicio de derechos políticos. De hecho, jueces y fiscales realizan el mismo juramento en la toma de posesión de sus cargos.

377. En este mismo sentido, se pronunciaba P. LANGBROEK –uno de los mayores defensores e introductores intelectuales del «*integral management*», *op. cit.*– cuando afirmaba: «Los fiscales y los jueces no solo aplican la ley, como en cualquier otra organización, existen otros muchos tipos de decisiones que han de tomarse y ejecutarse además. Las reglas de independencia judicial solo tienen aplicación en el estricto ejercicio de la función acusatoria o decisoria. No hay nada contrario a la independencia judicial en la creación de mecanismos por los cuales el Ministerio Fiscal y los Tribunales puedan ser responsables de su funcionamiento o de su gasto público». Entrevista personal, marzo 2004.

378. Y no de manera cualificada, tal y como es el caso de los Consejos de Italia y España. No así el Fiscal General del Estado español, nombrado también por RD.

379. Los últimos datos de los que disponemos, no muy recientes en realidad, mostraban una tendencia muy equilibrada entre el número de candidatos que al finalizar de su formación optaban por ingresar en la Judicatura o en Ministerio Fiscal. BUITENDAM, Odette, «Good Judges are born but not made. Recruitment, Selection and the Training of Judges in the Netherlands», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, FABRI, Marco and LANGBROEK, Philip, IOS Press, 2000, pg. 213.

380. Por ejemplo, E. MYER fue juez durante diez años antes de convertirse en Fiscal General sustituto de la Corte de Apelación de Ámsterdam, después fue nombrado fiscal jefe, y posteriormente Magistrado del TEDH. El mismo Presidente actual del Consejo de Fiscales Generales, H. N. BROUWER, con anterioridad a su nombramiento había sido juez de distrito, después Fiscal en Leewarden y posteriormente Presidente de Sala del Juzgado de Utrecht.

No obstante, cuestión distinta es que la garantía de independencia –nombramiento vitalicio– atribuida constitucionalmente y refrendada por la ley a los funcionarios judiciales encargados de administrar justicia en virtud de su especialísima función, requiera diferencias orgánicas entre la Judicatura y el Ministerio Fiscal y también, puede afirmarse, que la especialísima función del fiscal requiera una organización específica; un argumento, por tanto, de ida y vuelta.

Es evidente que la acción de administrar justicia con independencia, impide dos cuestiones básicas: la existencia de un principio de jerarquía en el seno de la organización³⁸¹, así como la posibilidad de que el Ministro de Justicia emita instrucciones de carácter general o particular sobre el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero, en todo caso, se impide únicamente en el ejercicio de la función jurisdiccional, no en el marco del control administrativo del «*planning and control*». Y es en estos dos impedimentos o restricciones donde deben residenciarse o hacia donde pueden reconducirse todas las diferencias entre fiscales y magistrados holandeses. Por ejemplo, las diferentes garantías de inamovilidad, o la desobediencia al superior jerárquico en el seno del Ministerio Fiscal, como tipología de infracción disciplinaria sancionable.

3. LA DEPENDENCIA DEL EJECUTIVO

El Ministerio Fiscal y el fiscal pertenecen al poder judicial, son funcionarios judiciales. No obstante, la Constitución holandesa no reconoce al Ministerio Público la garantía de independencia a través del nombramiento vitalicio de sus miembros (art. 117.1)³⁸². El Ministerio Público ha dependido siempre del Ministro de Justicia. Como se refleja en la propia Exposición de Motivos de la Ley ya citada:

381. En la dimensión orgánica de esta circunstancia, el fiel reflejo de esta situación son los miembros de los distintos Consejos: siendo en ambas instituciones la cabeza orgánica en cuanto al «*integral management*» se refiere, los miembros del Consejo de Fiscales Generales son «funcionarios judiciales», mientras que los del Consejo del Poder Judicial, aún siendo este parte del mismo, no están integrados en esa categoría. La diferencia es muy simple, los miembros del Consejo de Fiscales Generales, son también superiores jerárquicos en cuanto a las funciones de acusación se refiere, los del CPJ no lo son a nivel jurisdiccional. Nos gustaría llamar la atención sobre una cuestión que hemos obviado hasta ahora: la traducción de «*Raad vor de Rechtspraak*» no se corresponde en absoluto, a la vista de lo que acabamos de analizar, con el Consejo del Poder Judicial. Hasta ahora los hemos traducido de esta forma para no crear más confusión. Pero es evidente que su traducción más o menos literal sería la de Consejo de los funcionarios judiciales encargados de administrar justicia: en realidad, Consejo de la administración de justicia.

382. Que la diferencia de edad de jubilación entre magistrados y fiscales sea diferente, setenta años para los primeros y sesenta y cinco para los segundos, no tiene ninguna relevancia ni supone un reflejo de la diferente garantía que asiste a uno y a otros. Bien podrían equipararse las edades. Tiene que ver con motivos prácticos, tradición.

«El Ministerio Público continúa perteneciendo al Poder Judicial. De este modo, el Ministerio Público –también en respuesta a las recomendaciones de la Asociación nacional de la administración de justicia– no es un órgano oficial del Ministerio de Justicia. Como se indica más arriba, el Ministerio Público no se encuentra entre las competencias organizativas del Ministerio de Justicia. La circunstancia de que el Ministerio Público pertenezca al Poder Judicial en un sentido organizativo mantiene intacta la responsabilidad ministerial. En términos constitucionales, la independencia judicial sólo está otorgada a los miembros del Poder Judicial encargados de administrar justicia, junto con el Fiscal del Tribunal Supremo»³⁸³.

He aquí «el reconocido carácter dual del Ministerio Fiscal holandés»³⁸⁴.

«En lo que refiere al Ministerio Público, siempre ha existido este doble carácter, esta doble cualidad que lo ha definido. Desde el punto de vista de la tradición holandesa y, todavía en la actualidad, los miembros del Ministerio Público pertenecen al Poder Judicial, son la "standing magistracy"; son parte de la magistratura en parte porque la ley así lo ha determinado. No obstante, no tienen "rechtspraak", no son los encargados de la administración de justicia. Formalmente pertenecen al Rechterlijke Macht (Poder Judicial), lo que siempre le ha dado un papel de independencia. Pero no puede perderse de vista que, a nivel sustantivo, el Ministerio Público actúa sobre los casos aportados por la policía, lo que sin duda conlleva una esfera ejecutiva y que, unido a la capacidad del Ministro de Justicia para emitir instrucciones a la institución, conducen a que el Ministerio Público acabe realizando acciones propiamente ejecutivas. Existen pues dos facetas en el Ministerio Público; una formal, por la cual pertenecen al Poder Judicial, otra sustantiva, por la que se llevan a cabo acciones que son, en gran medida, ejecutivas»³⁸⁵.

Esta dependencia quedaba reconocida en el art. 5 de la antigua RO, según el cual los miembros del Ministerio Público estaban obligados a cumplir las órdenes a ellos dirigidas por la autoridad competente, el Ministro de Justicia.

Del análisis conjunto de ambas dimensiones y analizada su pertenencia

(MEYER, E., entrevista personal). Interpretación en la que está de acuerdo la mayoría de la doctrina. Por ejemplo, LANGBROEK, Ph. *The organization...*, *op. cit.*, YEIN, G., «Quality and Justice...», *op. cit.*, o VAN DER LEE, P., «Obbligatorietà dell'azione penale e responsabilità ministeriale: Italia e Olanda a confronto», *Quaderni Costituzionale*, núm. 2, Bolonia 2001.

383. Docs. Parl. *op. cit.*, pg. 15.

384. La expresión es de VERHEY, entrevista personal, *op. cit.*

385. BESSELINK, L., *op. cit.*, Entrevista personal, marzo 2004. Como ya habíamos mencionado, sus palabras concretas fueron –refiriéndose a los fiscales–: «they don't speak the law, they are not rechtspraak».

al poder judicial, se desprende –de modo análogo a como sucedía con la independencia de la judicatura– el criterio estrictamente funcional bajo el que se ordena la relación entre el Ministerio Fiscal y el Ministerio de Justicia.

Retomaremos esta idea que analizaremos más adelante, al mencionar el problema de la «atomización» de la fiscalía italiana y la posibilidad de sostener la predeterminación del fiscal y cuando tengamos ocasión de comentar la perspectiva de la doctrina española que «defiende» un Ministerio Fiscal en la órbita del Ejecutivo.

Respecto a la posición jurídico-constitucional del Ministerio Público, el legislador y la doctrina holandesa han optado claramente por lo que Díez-PICAZO ha denominado «independencia débil»³⁸⁶. La independencia fuerte es la independencia judicial, garantizada en virtud de su especialísima función y, por tanto, no trasladable a un órgano que realiza la función acusatoria y no la función decisoria. La primera es, por naturaleza, activa, requiere de acciones positivas para su puesta en marcha y ha de participar en la gestión de políticas públicas –en su relación con multitud de funcionarios y elementos externos al tribunal– y, más aún, en el caso del fiscal holandés que tiene amplias competencias. Por ello, este ámbito de actuación tal vez no termine de comprenderse hasta que analicemos más detenidamente sus competencias. La segunda es de naturaleza reactiva, el juez está predeterminado por la ley y, en su toma de decisiones, no deben existir ni relaciones, ni contactos, ni elementos ajenos a la ley.

En este sentido, el legislador holandés ha entendido que las exigencias democráticas no permiten sustraer la delicada función de activar el *ius puniendi* del Estado –tan ligada a consideraciones de política criminal y también, ciertamente, a recursos típicamente administrativos, como son los recursos humanos y materiales junto a principios de la misma índole, como son la eficiencia, fin básico de cualquier sistema penal– de cierta capacidad de acción y control democrática por parte de la institución capaz de responder políticamente de sus acciones, como es el Ejecutivo. En el caso holandés, en concreto a través del Ministro de Justicia. Dadas las amplias competencias del Ministerio Público holandés, esta circunstancia adquiere aún más sentido³⁸⁷.

386. Díez-PICAZO, L. M., *El poder de...*, *op. cit.*, pgs. 175 y ss. Como señala este autor, el paradigma de este concepto son las llamadas «agencias independientes». Como ya subrayamos en su momento, a través de este tipo de agencias es como funciona fundamentalmente la Administración Pública holandesa –BRUINSMA, F., *Dutch law...*, *op. cit.*, pg. 78–. No obstante, el Ministerio Fiscal comporta una especificidad que lo cualifica orgánicamente frente a este tipo de agencias: pertenece al Poder Judicial.

387. Tendremos ocasión de ahondar en ello, cuando hablemos de la acción de IMP y de su relación con el poder político.

Considerando esta distinción funcional, para el legislador holandés «la discusión sobre la relación entre el Ministro y el Ministerio Fiscal gira siempre en torno a dos fundamentos del Estado de derecho. Por un lado, sobre la responsabilidad Ministerial como base de la obligación constitucional del control democrático de las acciones del Gobierno. Por otro lado, sobre la protección de los derechos fundamentales y las garantías procesales en relación a la posición del Ministerio Fiscal en el proceso criminal. La cuestión clave es averiguar cómo estas ideas fundamentales pueden estar unidas de forma adecuada en la relación entre el Ministro y el Ministerio Público. En este punto, es esencial plantear una distinción nítida entre la existencia de la responsabilidad ministerial por un lado, y por el otro, el modo en que ésta deba construirse»³⁸⁸.

Esta independencia débil, encuentra su modulación precisamente y, como ya hemos tenido ocasión de subrayar a través del carácter dual de la institución: el Ministerio Público pertenece al poder judicial y, desde dicha óptica, no es un funcionario perteneciente al organigrama del Ministerio; al mismo tiempo, el Ministro puede dar instrucciones sobre el modo en que el fiscal ejerce sus funciones y, por ello, responde políticamente.

En este sentido, como señala el propio legislador holandés, tras elaborar con coherencia un modelo basado en la diferencia funcional entre jueces y fiscales, establecida su diferente independencia, lo que ya si pertenece al ámbito de la pura voluntad legislativa, es el modo en que la relación efectiva de instrucciones-contrroles *vs.* responsabilidad entre el Ministro Justicia y el Ministerio Fiscal, vaya efectivamente a ejercerse³⁸⁹. Y aunque, aparentemente, pueda parecer que la relación se decanta hacia un fuerte control ejecutivo, donde el MP se comporta como un órgano administrativo más, no es ésta, sin embargo, nuestra opinión.

Es cierto que, en ocasiones, la doctrina holandesa tiende a caer en argumentos de cierta radicalidad democrática, por ejemplo, al afirmar –respecto de la relación entre el MP y el MJ– la necesidad de cumplimiento «del principio según el cual la obligación de ejercer responsabilidades políticas debe

388. Parl. Docs. *op. cit.*, pg. 14.

389. Como dice BESELINK, L., «la construcción holandesa del poder judicial lleva a plantear cual debe ser la relación del MP. con el Ministro. Y el siguiente paso es evidente: cuáles son las competencias que debemos otorgar al Ministro». Entrevista personal. Según VERHEY, y volviendo al tema de la constitucionalidad holandesa, si el legislador hubiera optado por vaciar de contenido los poderes del MJ sobre el MP en lugar de lo que ha previsto, ello hubiera supuesto un cambio revolucionario en la tradicional relación entre ambos, y hubiera levantado ampollas, utilizando el lenguaje coloquial, pero no hubiese tenido ningún problema de constitucionalidad o de *basic law*. VERHEY, L., Entrevista personal.

estar ligado a cualquier ejercicio de poderes estatales que sean ejercidos al mismo nivel, a través de la concentración de responsabilidad en el Ministro y autorizando a los representantes de los ciudadanos a movilizar esta responsabilidad»³⁹⁰.

No obstante, a nuestro juicio, el legislador holandés lejos de optar por una solución radical –a partir de dos tipos: total independencia, o la única posible en este caso, férreo control y fuerte dirección–, lo que pretende promover en esta relación es «la visibilidad consistente en saber quién toma las decisiones "controvertidas"». Cuestión esta de valor democrático fundamental –y quizá el mayor y único objetivo posible– ya que se trata de una relación que difícilmente puede ser construida de tal forma que carezca totalmente de conflictividad³⁹¹. Lo comprobaremos al analizar, a nivel comparado, la relación entre el MP y el poder político.

II. LA ASIMILACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO ITALIANO CON LA JUDICATURA. SU TOTAL INDEPENDENCIA

El Ministerio Público italiano, como ya ha podido inferirse, se muestra de forma esencialmente diferente a la institución holandesa. Formalmente lo es desde el punto de vista del tratamiento constitucional aplicable y lo que es más importante, también es diferente desde una óptica material. No obstante, a nuestro juicio, difiere básicamente debido a las interpretaciones de los principios constitucionales que, a lo largo de estos años, han realizado la doctrina y la jurisprudencia constitucional italiana. La distancia que separa a ambas fiscalías en la actualidad supone un recorrido paulatino, y es muy posible que esté teniendo su máxima expresión hoy día debido a las recientes reformas en Holanda –que acabamos de analizar– y a las ocurridas en Italia en las últimas décadas –que expondremos a continuación–. Nos referimos al principio de jerarquía en el ámbito interno de las fiscalías y a la relación de la institución con el Gobierno. La cuestión que surge de forma inmediata, es si tienen o han ido adquiriendo distinto significado, dentro de su respectivo Estado de derecho.

Paradójicamente, frente a España, ambos sistemas jurídicos consideran

390. Parl. Docs. *op. cit.*, pg. 14. La crítica a estos argumentos será expuesta debidamente, al comentar las posturas intermedias de la doctrina española sobre el art. 124 de la CE.

391. Los términos utilizados son de Díez-PICAZO, L. M., *El poder de...*, *op. cit.*, pg. 180. Acera de la imposibilidad de que la relación carezca de controversia están convencidos tanto Díez-PICAZO como L. BESSELINK, L., para quien «la reforma de los años noventa clarificó la situación en el derecho positivo, pero la realidad siempre será más rica. En este sentido, no puede pretenderse que la nueva situación resuelva todos los problemas». BESSELINK, L., Entrevista personal.

al Ministerio Público integrante del poder judicial y a los fiscales como magistrados. Y cabe hacer notar la circunstancia de que, partiendo de orígenes napoleónicos comunes, Holanda ha mantenido, desde su propia tradición, el carácter de Magistrado del fiscal, mientras que Italia lo ha asumido a partir de su ruptura con su propia tradición jurídica.

La Ley napoleónica de 1 de abril de 1810 en Italia, configuraba el moderno Ministerio Público como el «representante» del Ejecutivo ante la autoridad judicial y subordinado al mismo. Éste es el modelo que se hereda de la legislación piamontesa en la unificación italiana. La Ley del Ordenamiento Judicial de 6 de diciembre de 1865, en su art. 129, reproducía prácticamente esta fórmula en sus mismos términos. Lo mismo se refleja en la Ley de 1923. El Real Decreto de 30 de enero de 1941, n. 12, sobre el «*Ordinamento Giudiziaro*», todavía en vigor, aunque modificado en muchos de sus preceptos, parecía abrir con su nueva formulación ciertos matices interpretativos sobre el alcance de esa subordinación, al afirmar en su art. 69 que «*el Ministerio Público ejerce sus funciones bajo la dirección del Ministro de Justicia*». Nada más lejos de la realidad. La «*Relazione al Re sull'ordinamento giudiziario*», n. 14, 1941, acerca de la ley, afirmaba que «todas las funciones del MP, y entre ellas, las principales, que son aquellas por las que se hace valer, mediante la acción penal, la pretensión punitiva del Estado y se promueve la ejecución de lo dispuesto por el juez, tienen carácter fundamentalmente administrativo y pertenecen, por lo tanto, a la actividad propia del Gobierno». Asimismo, la doctrina pone de relieve que las lógicas consecuencias jurídicas de este indiscutible principio son «la neta e inconfundible distinción funcional entre el MP y la jurisdicción, así como que corresponde al Gobierno no solo controlar, sino dirigir la actividad del MP»³⁹².

Es muy posible por tanto, que la diferencia entre holandeses e italianos haya residido, precisamente, en el distinto énfasis que, unos y otros, dieron a la consideración de las funciones del fiscal, resaltando los primeros su carácter judicial, como magistratura de «*débout*» y los segundos, su carácter administrativo. Lo cual, sin duda, estuvo exacerbado por la quiebra del principio de separación de poderes que supuso el régimen fascista italiano donde, efectivamente, pocos mecanismos quedaban fuera de la administración del Gobierno.

El primer cambio sutil que, no obstante, hubiera podido tener escasa trascendencia sin la interpretación constitucional posterior, se produjo nada más caer el fascismo. El «*Regio decreto legislativo 31 maggio 1946*», n. 511 (en

392. SPAGNA MUSO, Enrico, «Problemi costituzionali del Pubblico Ministero», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1963, nota 4, pg. 402.

la Gazz. Uff., 22 de junio, n. 136) *Guarentigie della Magistratura* (garantías de la magistratura), todavía vigente en muchos de sus preceptos, en su art. 39, modifica el art. 69 de 1941, cambiando el término «dirección» por el de «vigilancia». Es cierto, pues, que el cambio puede hacer expresa referencia, precisamente, a las palabras citadas en su preámbulo, eliminándose esa competencia añadida que parecía ser la función de dirigir la institución, además de controlarla.

No obstante es, sin duda la CI, en su regulación del «*ordine giudiziario*», la que aporta las innovaciones necesarias para superar la vieja concepción del MP como órgano administrativo dependiente del Ministro de Justicia³⁹³. No nos cansaremos de resaltar, una vez más, la superación y el gran avance que supuso la CI del 1948 respecto del régimen anterior, haciendo desaparecer todos sus elementos estructurales –como no podía ser de otra manera– a través de un nuevo equilibrio de poderes caracterizado por la centralidad del Parlamento, las fuertes limitaciones del Ejecutivo y la independencia de la Magistratura. Y en este último punto, se vio envuelto el Ministerio Fiscal como elemento correlativo de la misma. A partir de entonces, la tendencia a equiparar jueces y fiscales, Ministerio Fiscal y jurisdicción, ha ido siempre «in crescendo». Se ha desembocado así en el panorama actual que hemos descrito en la primera parte de esta investigación, configurando una independencia fuerte del Ministerio Fiscal y de los propios fiscales a nivel interno.

Pero todo ello no quiere decir que en la doctrina italiana no hayan estado siempre latentes –aún lo están– interpretaciones sobre el Ministerio Fiscal que se apartan de semejante tendencia, critican su fuerte independencia y que, principalmente, cuestionan que todo este diseño se derive de una consecuencia constitucionalmente obligada. Pueden encontrarse incluso manifestaciones que nos recuerdan mucho a la situación holandesa, al afirmarse que «el ministerio público no debe ser sólo un órgano del poder ejecutivo o, en exclusiva, magistrado: se trata por el contrario de un órgano que tiene un carácter dual»³⁹⁴. Es órgano del poder ejecutivo, en cuanto promotor de la acción penal y protege a la acusación pública de todas las garantías de legalidad, en cuanto que se trata de un magistrado. Los mismos debates constitucionales italianos estuvieron plagados de posiciones contrapuestas acerca de la posición orgánica del MF y las garantías que debían asistir a la institución en el ejercicio de sus funciones.

Sin duda, la postura dominante en la «*Assemblea Costituente*» fue aquella

393. *Ibidem*, pg. 399.

394. DOMIONI, Oreste, «Per un collegamento fra ministro della giustizia e PM», pg. 74. *Pubblico Ministero e Accusa Penale*, CONSO, G. (edit.), Zanichelli, 1994.

que propugnaba la absoluta equiparación de garantías entre jueces y fiscales. No en vano, en el proyecto originario, el art. 99 afirmaba expresamente que «*el ministerio público goza de todas las garantías de los magistrados*». Un ilustre defensor de esta opción durante los debates producidos fue, sin duda, Pietro CALAMANDREI, para quien debían extenderse a los fiscales y a la institución todas las garantías de la jurisdicción, desvinculándose de cualquier dependencia del ejecutivo, eliminando el principio de jerarquía en el seno del MP, afirmando su exclusiva sujeción a la ley y dotando a los fiscales de la garantía de inamovilidad. En definitiva, afirmaba el parlamentario, «el Ministerio Fiscal no debe concebirse como representante del poder ejecutivo ante los tribunales, sino como un órgano jurisdiccional a quien corresponde, bajo distintas formas, la iniciativa y el control de la legalidad en el juicio»³⁹⁵.

No obstante, en los debates consultados se aprecian fácilmente los esfuerzos de muchos de los miembros de la «*Sottocommissione Seconda*»³⁹⁶, por revertir el texto original remitido. Frente a la posición de Pietro CALAMANDREI (*Partito d'Azione*) que consideraba, por tanto, incluidos el principio de legalidad y las garantías de independencia e inamovilidad en la condición de magistrado del fiscal. La posición de Giovanni LEONE (*Democrazia Cristiana*) también miembro de la Comisión –y como CALAMANDREI, representante más significado, a su vez, de esta posición– consideraba que la naturaleza del MP era, cuanto menos, difícil de precisar. Y no se le escapaba el hecho de que si se sitúa el énfasis en las funciones judiciales, el MF parece, tiene la textura, de un órgano del poder judicial; mientras que sus facultades de iniciativa del proceso penal, así como la dirección de la policía, son poderes que le dotan de las características de un órgano del poder ejecutivo.

Bajo dicha óptica que cuestiona la naturaleza del órgano –y que quizás le atribuye también un carácter dual– se evitaba, a juicio de este parlamentario, la tentación y el riesgo de constituir un poder no suficientemente independiente en el ejercicio de sus funciones, o tan independiente que quedara de espaldas a la sociedad. Y en todo caso, para LEONE era necesario «liberar al Ministerio Público de la disciplina de la magistratura decisoria, limitando

395. CALAMANDREI, Pietro, «Relazione preliminare sul tema Posizione costituzionale del potere giudiziario nella nuova Costituzione italiana», *Alle origini della Costituzione italiana*, D'ALESSIO, Zanichelli (edit.), Bologna, 1979, pg. 623.

396. La Comisión emanada de la Asamblea Constituyente, llamada de los «75», fue a su vez dividida en Subcomisiones. Correspondió a la Subcomisión Segunda, Sección segunda, la redacción del Título constitucional referido a la Magistratura. Hay que hacer notar, que si bien existen desde luego paralelismos en los argumentos utilizados bajo una u otra concepción del MP con los debates que se produjeron en España, los puntos de partida son inversos. El art. 99 del proyecto italiano partía de la equiparación entre jueces y fiscales, el art. 114 del proyecto español partía de la fórmula clásica de .

sus garantías de modo que pueda situarse en una relación más directa con el Ministerio de Justicia», dado que, en realidad, el Ministerio Público no debe participar íntegramente de las garantías reconocidas al magistrado, como afirmaba este diputado constituyente, «pues es un órgano del poder ejecutivo». Más radicalmente se posicionaba Renzo LACONI (*Partito Comunista*), para quien era irrenunciable el control del MP por parte del Parlamento y del Gobierno a través del MJ³⁹⁷. Asimismo se expresaron posturas intermedias, como la del diputado Giuseppe CAPPI (*Democrazia Cristiana*), que trataban de acercar ambas posiciones a través de propuestas concretas como la competencia atribuida al MJ de «vigilar», mediar sobre la decisión de proceder o no proceder, negándole al mismo tiempo la posibilidad de «ordenar»³⁹⁸.

Una cuestión especialmente interesante a nivel comparativo con España, reside en el hecho de que, en Italia, no sea posible establecer una relación directa entre el modelo de MP que defendía cada diputado, con la del partido político al que cada uno de ellos representaba.

En España, por muchas dudas y construcciones escasamente coherentes que se plantearan en su tramitación, es visible la asociación directa de los partidos de la derecha (UCD y AP) con la búsqueda de una relación estrecha entre el Ejecutivo y el MP, mientras que, la perspectiva de los partidos de izquierda –principalmente el PCE y los partidos de la izquierda catalana–, se alineaba con la independencia del MP, y consecuentemente, ésta era la posición de quienes, como diputados, los representaban respectivamente.

Como ya hemos hecho notar, en Italia, LEONE pertenecía a la «*Democrazia Cristiana*» y sus tesis fueron apoyadas tanto por LACONI y FARINI –ambos del partido comunista– como por el socialista TARGETTI, cuya propuesta, admitidas las dudas sobre la naturaleza del órgano que ejerce al mismo tiempo funciones de carácter judicial y administrativo (ejecutivo), fue la de dejar en manos del legislador ordinario el establecimiento de las garantías del MP³⁹⁹. Y la oposición a sus tesis, se encontraba fundamentalmente entre miembros de su propio partido como Uberti, Mannironi y Ambrosini, un liberal como Bozzi (PLI), o el mismo CALAMANDREI, que pertenecía al *Partito d'Azione*, un partido de izquierdas y el más directo heredero de los *Partigiani*.

397. Sesiones de la Subcomisión Segunda del 5 de diciembre 1946 y del 8 de enero de 1947 respectivamente. Las sesiones de los debates de la Asamblea son accesibles en la página Web www.legislature.camera.it

398. Un ilustrativo resumen de los debates constitucionales puede encontrarse en: GUSTAPANE, A., «L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano», AA.VV., *Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della Bicamerale*, Milano, 1999, pgs. 109 y ss.

399. Sesión de la Asamblea Plenaria de 26 de noviembre de 1947, pgs. 2520 y ss. Propuesta que, como veremos inmediatamente pareció aceptarse.

Una interpretación posible acerca de esta «heterogeneidad» italiana frente a la «homogeneidad» española que nos atrevemos a aventurar, reside en la diferente coyuntura política de ambos. La cercanía o la posibilidad de los partidos políticos de obtener cuotas de poder dentro del Gobierno italiano era –y es– mucho mayor que la de los partidos españoles. Desde luego que, atendiendo a esta consideración, no resulta posible explicar muchas de las situaciones que se dieron en ambos momentos, pero es muy posible que la inexistencia de réditos o pérdidas de poder en términos políticos de cada una de las formaciones políticas italianas, permitiera razonar en términos más libres a cada partido y a cada diputado⁴⁰⁰.

Un paralelismo que sí se produce entre ambas situaciones, entre ambos debates constituyentes, es el de la ambigüedad en la que desembocaron. Como siempre, una imprecisión que se pretende solventar mediante una fórmula de compromiso establecida tras un largo debate desde distintos argumentos y que provoca que éstos sean retomados una y otra vez por la doctrina, oscilando de unos o a otros, para articular la formulación correspondiente. Y en ambos casos, con el mismo resultado: la discusión, la ambigüedad, persiste hasta hoy en día.

En el caso italiano, la fórmula de compromiso, llegó de la mano de la propuesta de Giuseppe GRASSI, el entonces Ministro de Justicia y miembro de la Asamblea por el partido de la *Unione Democratica Nazionale*⁴⁰¹, que hace suya la mencionada fórmula del socialista Ferdinando TARGETTI. Como tesis intermedia –siendo escasamente una de las que potencialmente permitían aunar posiciones– se barruntaba la posibilidad de dejar abierta la cuestión del MP, mediante una remisión al legislador que le concediese amplios pode-

400. El primer gobierno Gasperi, el primero de la República, estaba formado por democristianos, socialistas, comunistas. También el II, pero en el IV y V, los comunistas perdieron su sitio en favor de los liberales. Desde entonces, los Gobiernos italianos han sido tradicionalmente de coalición. Se puede sugerir que la diferente postura del PC italiano y español respondiera en parte a la razonable imposibilidad del segundo de acceder al gobierno de España. Por parte del PS, en ambos casos, representó, si no la postura más intermedia, la de la formación política más dispuesta a llegar a un consenso. Por último, el disenso en el seno de la DC, –el partido italiano más cercano a la UCD española, al menos a una parte de dicha formación, siendo ambos partidos mayoritarios en los períodos constitucionales respectivos– así como en el resto de las formaciones con representación parlamentarias, puede explicarse a partir de la fuerte pretensión de ruptura con el régimen anterior y su correspondiente reflejo en el poder judicial; pretensión que no existió en el mencionado «espíritu de consenso» que acompañó a la Transición española. Una exhaustiva recopilación de la bibliografía española referente a la Transición puede encontrarse en GARCÍA GUERRRO, José Luis, «La Reforma Constitucional Española: Una experiencia orientadora», en *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, N.U. programa del PNUD, junio 2005.

401. Y como Ministro, a juicio de SPAGNA MUSO, E., «Problemi...», *Riv. it...*, *op. cit.*, pg. 421– evidentemente defensor de la relación entre el Gobierno y el MP.

res para configurar la institución. Con este propósito, ya en Asamblea plenaria, GRASSI propone enmendar el artículo referido a las competencias del CSM, dotándole de una función meramente consultiva en relación al MP, de modo que el Ministro continuase ejerciendo poderes directos sobre los fiscales. Sólo de este modo, a juicio del que era entonces Ministro de Justicia, podía ejercerse la responsabilidad política ante las Cámaras por la organización y funcionamiento de la justicia. No obstante, Meuccio RUINI, presidente de la Asamblea, convenció al parlamentario para retirar su enmienda hasta discutir, en su propia sede –el mencionado art. 99–, las garantías del MP. De otro modo, según RUINI, discutir en ese momento las competencias del CSM, significaba resolver la cuestión de manera incidental y sin abordar verdaderamente la equiparación o no –en este caso sería que no– con el magistrado «*giudicante*». Todo ello con la promesa de que si se decidía sobre la no equiparación de garantías, se retomaría «el examen de la enmienda que ahora contemplamos y la aprobaremos»⁴⁰².

Pues bien, cuando llegó ese momento, la propuesta TARGETTI obtuvo el apoyo mayoritario –y por supuesto del propio GRASSI– sustituyendo el contenido del apartado cuatro del art. 99: «*el Ministerio Público goza de todas las garantías propias de los magistrados*», por un texto casi idéntico al actual art. 107.4: «*el Ministerio Público goza de las garantías del ordenamiento judicial*»⁴⁰³.

No obstante, como ya habíamos adelantado, la discusión no fue retomada posteriormente, quedando intactas las competencias del CSM, y sin distinción constitucional entre ambos tipos de magistratura.

1. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107.4 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

Como ya se ha hecho notar, la inclusión del art. 107.4, ha dado lugar a un interminable debate acerca de las garantías constitucionales del MP. El motivo de la discusión se dirige evidentemente a esclarecer si todas las garantías del Tít. IV, parte II, sección 2ª deben aplicarse –o no– por mandato constitucional al MP y, por tanto, cuál sería el ámbito de discrecionalidad del legislador a tenor del citado artículo. Para los defensores de la independencia del MP, éste ámbito es muy restringido, mientras que para quienes abogan por las facultades de control y la vinculación –que no subordinación– con el Ejecutivo, el espacio para la disponibilidad del legislador sería mucho más amplio.

402. Asamblea Constituyente, Sesión plenaria de 25 de noviembre 1947, pgs. 2483 y ss.

403. El texto actual del art. 107.4 es: «*Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario*».

1.1. La interpretación «sistemática»

Para los primeros, es fundamental la lectura sistemática de todos los preceptos del título⁴⁰⁴, empezando por el art. 104.1 que reconoce la independencia del orden judicial de cualquier otro poder. Ya hemos venido examinando suficientemente la garantía de independencia que dispone el CSM italiano. Pues bien, es evidente que la misma se extiende al MP. El argumento incontestable es que los mismos elementos interpretativos que nunca han puesto en cuestión la legitimidad que otorga la CI al MP para formar parte del CSM (art. 104)⁴⁰⁵, están asimismo presentes en las competencias que debe ejercer el CSM sobre el MP (art. 105), ya que –de hecho– no se introdujo ningún elemento que pueda sugerir lo contrario.

Subyace además en esta perspectiva, una concepción de la acción penal como función, sino jurisdiccional, sí de marcado carácter judicial. El verdadero sentido de la independencia del MP, a través del CSM, es la de evitar, en aplicación del principio de legalidad, cualquier influencia del Ejecutivo que pueda lesionarlo. Y la actividad del fiscal debe secundar esta pretensión. De este modo, el poder inherente de la iniciativa de la acción penal, producido siempre en el seno del proceso jurisdiccional, queda cuanto menos cualificado como una actividad judicial que tiende –igual que cualquier otra– a la aplicación *secundum jus* del precepto normativo. De hecho, los actos del MP que se refieren al desarrollo del proceso están perfectamente clasificados en la teoría general del proceso, la mayor parte de ellos como actos de impulso o de iniciativa. Todos los actos procesales, funcionalmente previos y necesarios a la consecución de un acto final, constituyen una actividad que, independientemente de su clasificación formal, concurren a la formación del fallo y, por tanto, resultan idóneos para protegerlos con la misma garantía de independencia que la propia decisión final. Y si a su condición necesaria se le añade que estos actos, siendo de titularidad muy restringida, son atribuidos por la CI a la competencia del MP, como mandato de obligado cumplimiento (art. 112), se dota a la iniciativa penal de una mayor relevancia frente a otro tipo de iniciativas en las que no confluyen estas características; de todo ello, se deriva la necesidad de garantizar la independencia de quién realiza estos actos. Por lo tanto, la individuación de la tutela constitucional sobre el ministerio público no va dirigida a crear una estructura que de forma rígida

404. La elaboración de esta opinión se desarrolla a través del citado artículo de SPAGNA Muso, pues es sin duda el artículo de referencia de la doctrina que sostiene la fuerte independencia del MP.

405. Según el art. 5 de la Ley n. 44 de 28 de marzo de 2002 de modificación de la Ley n. 195 de 24 de marzo de 1958 sobre la constitución y funcionamiento del CSM, los fiscales se presentan en un único colegio nacional y se eligen cuatro de sus miembros –frente a los 10 representantes de los jueces–.

distinga entre la naturaleza administrativa o judicial de los actos que éste realiza, sino a estructurar en el seno del proceso jurisdiccional el reparto de poder, confiriendo al MP la iniciativa y al juez la decisión sobre el mismo⁴⁰⁶.

A ello habría que añadir otras garantías presentes en el texto, en primer lugar el art. 108.2⁴⁰⁷. Según esta opinión, el constituyente, siendo consciente de que, en este supuesto, el CSM no posee competencias sobre las jurisdicciones especiales, ha querido mantener una independencia análoga a la magistratura ordinaria, extendiéndola al MP, a través de un claro mandato al legislador. Y hay que resaltar cómo, en este caso, la independencia de jueces y fiscales queda de forma clara en un mismo plano, dado que, de este modo, como ha puesto de relieve la doctrina, ambas se consideran concurrentes «aunque sea a través de atribuciones distintas en la actuación de una actividad declarativa del derecho; y por tanto, ambas son meritorias de garantías en virtud de una exigencia que funciona como denominador común de su independencia»⁴⁰⁸. En segundo lugar, las competencias reservadas por la CI al MJ están limitadas por razón de materia mediante la atribución de competencias al CSM, así como a través de la expresa mención a la «*organización y el funcionamiento de los servicios relativos a la justicia*» (art. 110), junto a la capacidad de promover –y no decidir– la acción disciplinaria (art. 107.2). De una lectura a *sensu contrario* de ambos preceptos, puede inferirse que sus competencias deben restringirse a la dirección de los servicios que permiten el desarrollo de la «actividad de la justicia», pero no influir directamente en la misma. De ahí que estas competencias se ejerzan también sobre la magistratura decisoria⁴⁰⁹.

Considerando lo anteriormente expuesto, el significado del art. 107.4 no es otro que, precisamente, el de establecer que el MP goza de garantías que efectivamente pueden disciplinarse, pero mediante normas que tengan siempre en cuenta el contenido esencial de las mismas. En este sentido SPAGNA MUSO pone de relieve como la ley «no puede establecer libremente cuáles deben ser esas garantías de la institución, ya que se encuentra con limitaciones constitucionales precisas que restringen al mínimo la libertad

406. SPAGNA MUSO, «Problemi...», *Riv. it..., op. cit.*, pgs. 414, 415 y 416. Para quien es obvio pues que «la CI, con el propósito de conseguir el resultado buscado, ha dado a los componentes del PM, a través del trámite del CSM, la misma garantía institucional de la que gozan los componentes de la magistratura decisoria».

407. Art. 108 CI: 1. *Se establecerán mediante ley las normas orgánicas de la judicatura y a cualquier tipo de magistratura.* 2. *La ley garantizará la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, del Ministerio Fiscal destinado ante ellas y de los terceros que participen en la administración de justicia.*

Que ya sabemos implica la reserva de Ley de todo tipo de magistrados.

408. SPAGNA MUSO, «Problemi...», *Riv. it..., op. cit.*, pg. 417.

409. *Ibidem, op. cit.*, pg. 418.

de regulación»⁴¹⁰. Entre ellas, cabe subrayar las garantías atribuidas, no ya al MP en su conjunto, sino a los magistrados. Dadas las competencias del CSM (art. 105), intocables para el legislador, parece indudable que la garantía de inamovilidad (art. 107.1) se aplica también a los fiscales y también, por supuesto, «*il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale*». Lo que además se cohonestaba perfectamente con la competencia del MJ de promover la acción disciplinaria. Y habría que añadir la garantía que establece el art. 107.3, por el cual los magistrados se distinguen únicamente por su diversidad de funciones.

Ya hemos tenido ocasión de analizar el importante significado de este artículo, referido a la disolución de la carrera y a la eliminación del principio de jerarquía en el seno del MP. No obstante, a regañadientes, los defensores de esta teoría, tuvieron que aceptar la posibilidad de una relación jerárquica en el ámbito interno de cada fiscalía. El viejo art. 70 del RD 1941, así parecía indicarlo y así lo determinó, en cierta medida, la «*Corte Costituzionale*»⁴¹¹. Pero como tendremos ocasión de reflejar un poco más adelante, muchos seguidores de esta interpretación, han sostenido la aplicabilidad del art. 101.2 al MP –sujeción exclusiva a la ley, con la intención de rebajar al máximo, precisamente, la jerarquía–⁴¹².

410. *Ibidem*, op. cit., pg. 422. Tanto en Italia como en Holanda, existe un procedimiento especial para la imposición de sanciones más graves; ante el «*Hoge Raad*» en Holanda –y no ante el Consejo– muy parecido, por cierto, al antiguo procedimiento que preveía la Ley italiana sobre las garantías de la Magistratura, a través de la «*Corte Disciplinare*».

411. La CC tuvo ocasión de pronunciarse sobre este artículo, que fue objeto de una cuestión de constitucionalidad basada, precisamente, en la aparente relación jerárquica del art. 70 RD. (1941) de la que se había valido el Fiscal Jefe del Tribunal de Milán para avocarse un procedimiento concreto y revocar determinadas actuaciones de su Fiscal Sustituto. Relación que según el juez «a quo» vulneraba los arts. 101.2, 107.3 y 107.4 de la CI. Decía la Corte en la StCC 52/1976 rechazando la cuestión: «*Bien es cierto que esta Corte, en la sentencia 190 de 1970, ha definido la posición del MP como la de un magistrado que, perteneciente al ordine giudiziario, provisto de una independencia institucional respecto de cualquier otro poder, "no hace valer intereses particulares, sino que actúa exclusivamente en tutela del interés general que supone la observancia de la ley, persiguiendo fines de justicia"*; pero es también cierto que las garantías de independencia del ministerio público, reconocidas a nivel constitucional en el artículo 107, remiten, para la determinación de su contenido, a la ley ordinaria sobre el ordenamiento judicial. Sus disposiciones no pueden considerarse ilegítimas si en algún momento procesal, en donde se destaca el carácter impersonal de la función, sujetan la actividad del órgano a criterios jerárquicos». En www.cortecostituzionale.it. Hay que decir que, en este caso, es la Corte la que sigue la opinión de SPAGNA MUSO, pues la sentencia es trece años posterior a su famoso artículo. Retomaremos esta relevante cuestión enseguida.

412. Entre los argumentos cabe citar el primero ya reseñado: el proyecto constitucional incluía en esta disposición el término «magistrados», y su cambio por el de «jueces» fue realizado por una comisión encargada de pulir detalles de «estilo» (*sede di coordinamento*). En el «*Il pubblico ministero nelle prospettive di riforma del processo penale*»; CAVALLARI, V., *Riv. dir. proc.*, 1973, pg. 748. También VIGORITI, V., en «*Il pubblico ministero nel processo civile italiano*», *Riv. dir. proc.*, 1974. Sin embargo, el argumento es ciertamente débil, pues también este texto de «coordinamento» fue

Toda esta teoría queda atravesada además por un eje fundamental: el principio de obligación de la acción penal (art. 112 CI). Desde que CALAMANDREI afirmase que «no se puede pretender proponer por una parte el principio de legalidad y, por otra, el ministerio público como dependiente del ministro, o una u otra es una propuesta inútil», gran parte de la doctrina ha considerado el art. 112 una garantía de independencia del MP⁴¹³. Atribuyendo la CI al MP la titularidad directa de la acción penal y, por tanto, de los poderes que le son inherentes, este núcleo competencial de naturaleza judicial quedaría vedado al legislador ordinario, permaneciendo así inmutable la misma naturaleza de órgano judicial del MP y, consecuentemente, la aplicación de todas las garantías constitucionales previstas indistintamente para todos los «magistrados»⁴¹⁴. Cuestión distinta es que, por criterios de oportunidad legislativa, se le puedan atribuir al MP otras competencias de naturaleza administrativa, las cuales podrían ejercerse bajo supervisión y dirección del Ministro; es decir, bajo garantías distintas. Sólo en este sentido, puede pensarse que la CI no exige una paridad entre jueces y fiscales.

1.2. La postura de la «desconstitucionalización» de las garantías del Ministerio Público

Existe, como hemos mencionado, una teoría divergente acerca de la interpretación del art. 107.4 y por tanto, de las garantías reconocidas al MP y a los fiscales⁴¹⁵. Desde esta segunda perspectiva, el significado del art. 107.4

sometido a votación. El segundo, transita de nuevo por la interpretación sistemática de todo el título, siendo el art. 101.2 de significado extensible al MP, en cuanto que se considera una garantía más que impide la interpretación del conjunto de la institución como un órgano jerárquico. En este sentido, DAGA, L., en «Pubblico Ministero (diritto costituzionale)», voz *Enciclopedia Treccani*, vol. XXV, Roma 1991, pgs. 4-5. También BOZZO, N., «Organizzazione degli uffici requirienti e principio di indipendenza», *Quest. Giust.*, 1994, núms. 2-3, pg. 296. Incluso la StCC 52/1976, parecía aceptar la aplicación de este artículo al conjunto del MP, pues añadía a las palabras mencionadas en la nota anterior que: «a diferencia de las garantías de la independencia del art. 101.2 en defensa del juez singular, las que se refieren al MP se refieren al órgano entendido en su conjunto, y no a los componentes individuales del mismo». No obstante, el argumento ha sido profusamente traído a colación para demostrar la no aplicabilidad del art. 101.2 a los fiscales.

413. Sesión de la Subcomisión Segunda del 9 de enero 1947, pg. 82.

414. En este mismo sentido SPAGNA MUSO, «Problemi...», *Riv. it...*, *op. cit.*, pg. 425; NEPPI MODONA, G., *Lo Stato...*, *op. cit.*, pg. 449; NOBILI, M., «Accusa e burocrazia "Profilo storico-costituzionale"», pg. 122, *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, CONSO, G. (edit.), Zanichelli, 1994; CARABBA, F., «Il pubblico ministero nell'ordine costituzionale», pg. 89, *La riforma del pubblico ministero*, Milán, 1974.

415. Cuyas posiciones originales pueden encontrarse en FOSCHINI, G., «Ministro della Giustizia e Pubblico ministero nella nuova costituzione», *Riv. Archivio Penale*, Vol. I, pg. 261, 1948. Ideas que reitera en «Involuzione inquisitoria», en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, pg. 26, 1962, criticando la vuelta a una estructura inquisitorial que supone que órganos de un mismo poder, de iguales garantías, tengan la función de juzgar y acusar. Lo cual armoniza escasamente con la estructura y exigencia de garantías procesales del Estado de derecho. Piénsese por Ej., en lo sucedido con el procedi-

es el de asegurar por ley las garantías orgánicas del MP, pero no determinar cuáles deben ser éstas. El primer hecho diferencial, reside en la constatación de que la Constitución no puede interpretarse desde la necesaria e inevitable atribución –al MP– de las garantías atribuidas en los demás artículos del Título IV a todos los «magistrados». A diferencia de las normas generales sobre los magistrados, las normas referidas al MP se sitúan en el ámbito de la especialidad o de la excepción de la norma situándose, por tanto, la extensión de las mencionadas garantías condicionada a la única y exclusiva decisión del legislador, traslación que, como sabemos, se ha realizado.

De hecho, esta postura se mueve siempre en la idea de lo que podría hacer el legislador conservando el espíritu y la letra constitucional, cuando, paradójicamente, dada la legalidad preconstitucional, deberían haber sido sus «contrarios» –mucho más favorable a sus interpretaciones– quienes hubieran sostenido esta pretensión. No obstante, lo que ha hecho el legislador, sin dar cumplimiento a la disposición séptima que implícitamente llamaba a la necesidad de aprobar una nueva «*Legge sull'ordenamento giudiziari*», ha sido adaptar las leyes preconstitucionales a la primera de las posturas mencionadas. La ley podría, por tanto, equiparar a jueces y fiscales, como atenuar semejante asimilación, mediante una distinción orgánica y funcional. Por otro lado, desde punto de vista de las fuentes del derecho, la reserva de ley del art. 107.4, no tiene como único significado la de garantizar la regulación por ley de las garantías del MP. Ya existe una reserva de ley general en el art. 108 CI⁴¹⁶, referida al conjunto de normas relativas a todas las magistraturas. La repetición y la mención previa y específica al MP tiene, precisamente, el significado y la intención de rebajar de rango constitucional la disciplina de las garantías que han de atribuirse a los magistrados de la institución. Y ello, precisamente, para distinguirlas de aquellas que –por mandato constitucional– se aplican a todos los «magistrados». De este modo, el artículo 107.4, está construido como una norma dirigida a realizar la «desconstitucionaliza-

miento administrativo y la creación de una verdadera jurisdicción contencioso-administrativa distinta a la del Consejo de Estado. Nosotros seguiremos en este caso la exposición, más actual, de ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pgs. 4 y ss.

416. Desde esta perspectiva, el art. 108 tiene un significado bien distinto. Si bien hace las funciones de una reserva de ley general, tanto para la jurisdicción ordinaria como especial, la mencionada independencia se entiende referida al tribunal al que la fiscalía se encuentra adscrito, pero del que la misma no forma parte integrante; y por tanto, la independencia no puede ampliarse al órgano del MP. Lo cual es una respuesta a la crítica de FOSCHINI, la cual en realidad no tiene ya una dimensión real, pues la CC declaró inconstitucional (StCC 2/1974) el art. 380 del Código del Procedimiento civil (c.p.v.), según el cual en los procesos civiles en los que era necesaria la participación del Fiscal General en Casación, el Fiscal participaba en la deliberación en Sala de los Magistrados. VELLANI, M., *Il pubblico...*, *op. cit.*, pg. 33.

ción» de la materia, con el fin de impedir –como ha subrayado la doctrina italiana– «que ésta quede regulada, expresa o implícitamente, por las normas constitucionales relativas a los magistrados»⁴¹⁷.

Todo ello no es óbice para que el legislador no deba cumplir el mandato constitucional y dotar al MP y a los fiscales de las garantías solicitadas por la CI. En primer lugar, parece claro que el legislador está obligado a establecer semejantes garantías dentro de la *Legge sull'ordinamento giudiziario*. Más allá de una perspectiva meramente formal de la disposición, la misma parece indicar la prohibición, cuanto menos, de regular el Ministerio Fiscal de forma separada a la judicatura y, forma especial, la de regular la institución al amparo de la normativa que regule la disciplina y las condiciones generales aplicables a los funcionarios administrativos. El MP podría distinguirse de la judicatura a través de sus distintas funciones procesales, incluso a través de la separación de la carrera; pero parece indiscutible que según la CI, el órgano en su conjunto no puede en ningún caso ser extraído del poder judicial y, mucho menos, adscribirse al organigrama del Ministerio de Justicia y depender orgánicamente del Ministro. Sin duda, las garantías establecidas por el legislador ordinario habrán de respetar la independencia orgánica externa del MP.

En segundo lugar, la posibilidad abierta por el art. 107.4 no puede entenderse referida a todos los aspectos que se refieren a los magistrados y a sus distintas esferas de independencia. La Constitución italiana protege algunos de ellos. ZANON, N. distingue tres aspectos fundamentales que conciernen a la independencia de los magistrados⁴¹⁸: la independencia de estatus; la independencia funcional; y finalmente, la independencia orgánica.

1.2.1. La independencia de estatus funcional

Éste es uno de los pocos aspectos en los que parece coincidir toda la doctrina italiana. Parece claro que, según la Constitución italiana, todos los procedimientos relativos a la carrera de los magistrados, aunque éstas quedaran separadas, conciernen en exclusiva al Consejo Superior de la Magistratura.

Es evidente que el Ministerio Público forma parte del CSM. Y sería inconstitucional establecer en disposición alguna, cualquier intervención exte-

417. ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 5. La idea de la «desconstitucionalización» del art. 107.4 fue sugerida por primera vez por PIZZORUSSO, Alessandro, «Problemi costituzionali di una riforma del pubblico ministero», *Giur. it.* 1966, pgs. 89-90. También en PIZZORUSSO, A., «Per un collegamento fra organi costituzionali, politici e PM», *Pubblico Ministero e accusa penale*, *op. cit.*, pg. 32.

418. *Ibidem*, pg. 6. La distinción es original de BARTOLE, S., *Autonomia e indipendenza del ordine giudiziario*, Padova, 1964, pgs. 180-181.

rior que tuviera influencia sobre la carrera y el estatus de los magistrados (arts. 104.3, 105, 107.1). No vamos a reiterar toda la argumentación, pero queremos volver a llamar la atención sobre un punto fundamental de la regulación constitucional a nivel comparado. Nos referimos a la independencia orgánica externa del MP en su conjunto. Parece pues lógico que también lo sean sus integrantes. Hasta aquí parece existir acuerdo, doctrinalmente.

La cuestión controvertida reside, sin embargo, en que la regulación italiana adolece de toda consideración del MP como órgano –al contrario que en la Constitución española o la regulación holandesa–. La independencia externa institucional –tal y como la hemos denominado en la primera parte de nuestra investigación– queda construida, obtiene su verdadera dimensión, en las garantías de los magistrados (fiscales), *in fine* en su estatus personal. Se renuncia a una verdadera dimensión orgánica institucional que pueda contraponerse a la judicatura en su conjunto –y al Gobierno, como hace la Constitución Española–, al distinguir perfectamente entre poder judicial y Ministerio Fiscal.

La doctrina italiana se ve forzada, por tanto, a distinguir a ambos órganos únicamente a través de las funciones procesales de los magistrados. Es decir, se renuncia a la consideración autónoma del MP –diferenciado de la judicatura– como órgano capaz de realizar misiones particulares y propias dentro del Estado de derecho; lo cual conduce finalmente a considerar a los fiscales como verdaderos magistrados asimilados a los jueces, dentro de la común misión de impartir justicia. Parte de la doctrina italiana, así como la propia realidad de otros MP, plantea la posibilidad de desligar ambos aspectos; nada más lejos, por ejemplo, de la propia construcción del MP holandés y del español. En ambos sistemas, en los que no existe una total independencia externa como órgano, pero sí una autonomía que construye a la institución como tal, no puede dudarse de la independencia de estatus de sus magistrados, dotada, dentro del propio MP, de similares garantías con la judicatura, tanto en materia de nombramientos, como de traslados o medidas disciplinarias.

Hemos de volver a insistir aquí que, de hecho, comparando el régimen orgánico y disciplinar entre Holanda e Italia, no se puede afirmar que el sistema italiano sea más garantista. Ya hemos analizado la preocupación del legislador holandés por separar el estatus personal de los magistrados con la dependencia funcional del MP respecto del Ejecutivo. Regulado en los arts. 46 y ss. de la WRRRA (Ley sobre el régimen de los funcionarios judiciales), el procedimiento disciplinar dentro del MP holandés se lleva a cabo ante el TS, sin participación alguna del MJ, exactamente igual que sucede en la judicatura. No hay además en Holanda un instrumento similar al «*trasferimento d'uf-*

fico per incompatibilità ambientale» ya que no existe un traslado forzoso que no suponga una sanción disciplinar. Los magistrados son nombrados hasta los 65 años de edad y no existe límite de duración en el cargo. En realidad, los fiscales holandeses son tan inamovibles como lo son los italianos. En cuanto a la cuestión de los nombramientos, tanto en Italia como en Holanda, existe la participación ministerial, y tanto el CSM como el «Board», pueden superar el criterio del Ministro. Es cierto que la diferencia entre ambos sistemas reside en que el «Board» es nombrado por el MJ, y no así el CSM. No obstante, el Consejo de Fiscales Generales holandés ejerce sus funciones durante cinco años sin posibilidad de destitución.

No puede decirse lo mismo respecto de la situación española. En cuanto al régimen disciplinar, es el MJ el encargado de la imposición de la sanción más grave –si bien a propuesta del Fiscal General (art. 67 del EOMF)– y existe el traslado forzoso, sin un verdadero proceso disciplinar (art. 40 EOMF). A su vez, en materia de nombramientos, es al Fiscal General a quien corresponde la propuesta, y al Gobierno su nombramiento efectivo (art. 36 EOMF). Todo ello marcado por una relación ambigua entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno, relación que, como tendremos ocasión de comentar más adelante, ha cambiado ligeramente en la nueva legislación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

En definitiva, la independencia de estatus personal de los magistrados del MP no excluye, en modo alguno, la naturaleza funcional del conjunto de las relaciones de la institución con el Ejecutivo, ni afecta a las relaciones orgánicas en el seno de la misma.

1.2.2. La independencia funcional

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y, tal y como sostienen los autores que mantienen esta interpretación constitucional, el hecho de la independencia o dependencia funcional, tanto interna como externa y, por tanto, el establecimiento de distintas garantías para los fiscales, nada tiene que ver con su estatus personal y sí con la interpretación constitucional del art. 112 (acción penal obligatoria)⁴¹⁹.

Como señala DOMIONI, no puede sostenerse la identificación de garantías entre jueces y fiscales, desde todas las ópticas diversas que afectan a la independencia de la institución. La independencia de estatus reconocida en los arts. 104 y 105 CI, es una garantía asociada al CSM, ejecutada a través del gobierno del orden judicial y, en sus competencias, encuentra la medida de su propio ámbito de aplicación. Fuera de este espacio, esta garantía resulta

419. Tal y como sucede en Holanda, si bien, sobre la acción discrecional.

inoperante. La dimensión funcional, de la que se ocupa el art. 107.4, dejando la cuestión inconclusa, tiene su límite constitucional en las disposiciones establecidas en el art. 112⁴²⁰. Trataremos más ampliamente esta cuestión en su propia sede, al abordar la dimensión competencial del MP y sus principios funcionales. No obstante, ya hemos adelantado la interpretación dominante en Italia. El art. 112, queda asimilado al art. 101.2, e impide cualquier limitación en la esfera de la independencia funcional. No es, sin embargo, ésta la interpretación de ZANON, N. y de la doctrina italiana más reciente⁴²¹, tampoco la que se avanza en esta tesis.

La obligación de la acción penal, impone como único límite la imposibilidad de establecer mecanismos que prevengan al fiscal de ejercer la acción penal bajo criterios distintos a los de la estricta legalidad. Ninguno más. Y por tanto, no cierra cualquier vía para establecer una relación del MP con el Ejecutivo⁴²².

1.2.3. *La independencia orgánica*

La interpretación del art. 107.4 que acabamos de reseñar, cobra verdadera fuerza en relación a esta dimensión de la independencia. La remisión al legislador del art. 107.4 le otorga libertad normativa para regular la organización del MP y de sus fiscalías, no existiendo una garantía constitucional referida a la independencia orgánica interna. Podría por tanto introducirse el principio de jerarquía en el seno de la institución y de sus órganos.

Esta es una diferencia fundamental respecto de la interpretación anterior. Existen dos argumentos fundamentales en los que se apoya esta tesis. El primer razonamiento conlleva dotar de contenido a la «desconstitucionalización» del art. 107.4, cuya consecuencia fundamental es la no aplicación del apartado precedente del citado artículo, según el cual los magistrados se distinguen únicamente por la diferenciación de funciones. Dirigido este precepto a la consecución de la independencia interna de los jueces, el legisla-

420. DOMIONI, O., «Per un...», *op. cit.*, pgs. 71 y ss. Y todo el propósito del artículo consiste en deslegitimar la interpretación por la que, según la teoría de la independencia orgánica institucional del MP, queda vedada al MJ cualquier intervención o participación en el MP en el ejercicio de sus funciones. Es decir, a afirmar, al modo holandés, la distinción entre la independencia orgánica y la dependencia funcional y la compatibilidad entre ambas.

421. Una completísima discusión sobre el tema puede encontrarse en, MONACO, Giuseppe, *Pubblico Ministero ed Obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè Editore, 2003. También en CHIAVARIO, Mario, *L'azione penale. Tra diritto e politica*, CEDAM, 1995.

422. DOMIONI, O., «Per un...», pg. 75. Para este autor, existe desde luego espacio para preguntarse si precisamente esta relación no debiera incardinarse en esos ámbitos discrecionales de la actividad del MP que surgen, de hecho, en los límites operativos de la obligación constitucional de ejercitar la acción penal. También Díez-PICAZO insiste en esta idea. *op. cit.*, pg. 126.

dor es libre de introducir, respecto del MP, el principio de jerarquía⁴²³. Muy similar es el segundo de los argumentos esgrimidos. La organización de la magistratura «*giudicanti*» está condicionada por el «peso» de principios constitucionales fundamentales en el Estado de derecho: el art. 101 –sujeción exclusiva a la ley–, y art. 25 –derecho al juez predeterminado por la ley–⁴²⁴, preceptos ambos que no se aplican al MP.

El problema de nuevo reside en una distinción importante acerca de si el principio de obligatoriedad penal no presupone una independencia funcional entre las fiscalías y los fiscales que condicione la correspondiente organización interna. Desde esta perspectiva es claro que no existe un único modelo organizativo que satisfaga idóneamente el citado principio de obligatoriedad. Pero desde luego, la CI no impondría un modelo obligado. Organización y obligatoriedad penal serían dos perfiles de la institución perfectamente distinguibles⁴²⁵. Tendremos ocasión de analizarlo.

Es evidente que estas dos formas de considerar la institución del MP en la Constitución italiana, derivan en importantes consecuencias que afectan a las interpretaciones posteriores de las leyes que emanan del legislador, así como a la viabilidad de estas concepciones, consecuencias que se extienden en todos los ámbitos: en su relación con el poder político, en relación al carácter y propósito de su función y en su propia organización. Comparativamente, este último aspecto es realmente único en Italia con respecto a la Fiscalía holandesa y española, y es uno de los elementos que confiere mayor «personalidad» a la fiscalía italiana, como a continuación se hace notar.

2. EL ARTÍCULO 70 DEL RD DE 1941 Y LA CUESTIÓN DE LA PERSONALIZACIÓN

Tras analizar la capacidad del legislador italiano, procede comenzar a

423. SCARAPONE, Mettelo, «Pubblico Ministero», *Voz Enc. dir.*, Vol. XXXVII, Milán, 1988, pg. 1101.

424. ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 7.

425. Si bien es cierto que ésta es la opinión de algunos autores, como ellos mismos señalan, la Corte Constitucional ha sido siempre ambigua a este respecto. La StCC 72/1991 afirmaba con rotundidad que el principio de obligatoriedad penal «*se refiere al ejercicio de las funciones del Ministerio Público y no a la organización y la dirección del sector requirente*». No obstante, en el mismo año, la Corte afirma que el art. 112 sitúa al MP en una «posición institucional de independencia respecto de cualquier otro poder» (StCC 88/91); al mismo tiempo que ha venido afirmando que el art. 112 «concorre a garantizar la independencia del MP. en el ejercicio de su propia función». MONACO, G., *Pubblico...*, *op. cit.*, pgs. 380 y ss. También ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 9. Según este último autor, el art. 112 no puede referirse a la independencia del MP más que en el momento funcional; no en vano es el art. 104 el que se refiere a su situación orgánica (*perfil estático*), limitado además a su vertiente externa –pertenencia al «*ordine giudiziario*» y estatus de magistrado–, y dominado en su vertiente interna por el art. 107.4, cuyo significado se refiere a la desconstitucionalización de las garantías y a la no asimilación con la judicatura.

constatar lo que ha ocurrido realmente. Y los cambios más recientes parecen *a priori* haber fortalecido la primera de las interpretaciones sobre el MP y su asimilación a la judicatura en casi todos los perfiles propios de la institución.

Mediante dos Decretos Presidenciales de 22 de septiembre de 1988, se aprobaron un nuevo Código de Procedimiento Penal⁴²⁶ (c.p.p.), así como importantes modificaciones al r.d. de 1941 (Ley sobre el Ordenamiento Jurídico) y al RD de 1946 (Ley sobre las garantías de la Magistratura). Modificaciones que afectaron tanto a la organización del MP en su conjunto como a la organización de cada fiscalía, y a través de ambas, la discusión ha vuelto a centrarse, en realidad, no en modelos organizativos mejores o peores, más eficientes o menos, sino de nuevo, en los principios constitucionales que amparan a la institución y a cada fiscal, así como a su relevancia dentro del aspecto orgánico.

En lo que se refiere al MP en su conjunto, es cierto que ya desde el comienzo de la CI, tanto la Corte constitucional⁴²⁷, como parte de la magistratura y de la doctrina mostrarán una cierta «hostilidad ideológico-cultural» al concepto de jerarquía⁴²⁸. No obstante, es innegable que el c.p.p. de 1930, en muchas de sus disposiciones, atribuía al Fiscal de la «*Corte di Appello*» una posición «*sovraordinata*» con respecto a los Fiscales de la República de su propio distrito. Y lo mismo sucedía en el viejo art. 71 de la Ley de ordenamiento jurídico de 1941, el cual se refería expresamente a la dependencia jerárquica entre ambos fiscales dentro del Tribunal de menores⁴²⁹. Como señala ZANON, N., es posible que la tenacidad mostrada por parte de la doctrina en relación a la inexistencia de una relación jerárquica entre los Fiscales Generales (Corte de Apelación) y los Fiscales de la República (Tribunales de distrito), a pesar de sus poderes de avocación de las actuaciones (arts. 191, 206 y 392 c.p.p.) o de información y vigilancia (art. 233 y 298 c.p.p.), estuviera motivada por la observación de la praxis, la cual mostraba un escaso ejercicio de dichas facultades, además de la ya mencionada hostilidad hacia la jerarquía⁴³⁰.

426. Código actualmente en vigor y que sustituye al de 1930. Es además la única gran codificación que respecto del Tít. IV ha logrado aprobarse desde la promulgación de la Constitución italiana.

427. A través de una serie de pronunciamientos como la StCC 148/1963, según la cual la capacidad del Fiscal de la Corte de Apelación de impugnar la sentencia de primera instancia, fueran cuales fueran las conclusiones de la fiscalía o incluso si la misma hubiera mostrado su aquiescencia con el fallo judicial, supone una recíproca independencia en su actividad de las distintas fiscalías del MP en los diversos grados procesales.

428. SCARAPONE, Mettelo, «Sul potere del procuratore generale di dare ordini al procuratore della Repubblica», *Giur. It.*, 1979, pg. 37.

429. Ver VELLANI, M., *Il pubblico...*, *op. cit.*, pg. 33. Siguiendo a este autor, el artículo establecía una verdadera y dependencia funcional propia.

430. ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 72. A este respecto son muy claras las palabras de

El nuevo Código y la nueva redacción del RD 1941 han acabado con esta situación. Se ha producido una clara disminución de los poderes del Fiscal General de la Corte de Apelación, y hoy es posible poner en duda cualquier dependencia funcional entre los órganos del MP. Dos grandes argumentos han sido sostenidos por la Corte Constitucional para apuntalar la nueva situación: en primer lugar, estableciendo que el poder de «sovergianza» que el Fiscal General ejerce sobre «los magistrados y las fiscalías» de su distrito –art. 16.2, en este caso, del RD de 1946, que asimismo fue modificado por el mismo Decreto presidencial de 22 de septiembre de 1988– encuentra su fundamento en un control disciplinario, en una activación de la responsabilidad disciplinar de los mismos, y, en ningún caso, sobre el ejercicio de sus actividades y funciones⁴³¹. En segundo lugar, al no establecerse en el nuevo ordenamiento procesal y judicial ningún órgano como vértice jerárquico en el ejercicio de la acción penal, se atribuye la titularidad directa y exclusiva del ejercicio de la acción penal a cada fiscalía según un criterio territorial y funcional (art. 51 c.p.p. de 1988). Estos criterios no pueden alterarse bajo la actuación de un órgano como superior jerárquico. Esto tiene una consecuencia fundamental: toda fiscalía está legitimada para presentar un conflicto de poderes ante la CC (art. 134 CI) como consecuencia de la violación de su propia esfera competencial –ejercer en todo caso la acción penal con exclusividad e independencia si ésta le compete territorial y funcio-

DI FEDERICO, que además nos sirven para introducir las cuestiones que vamos a tener ocasión de plantear: «Si de la consideración de que son "escasos" los instrumentos formalmente previstos para la coordinación de la iniciativa de la actividad de los órganos encargados de la investigación (*inquirenti*) se pasa a considerar la situación *de facto*, se puede observar que algunos de los instrumentos previstos por la ley han ido perdiendo casi totalmente su eficacia, especialmente a partir de los años 60. Me refiero en particular al poder de supervisión y coordinación de los Fiscales Generales y de los Fiscales de la República. Bajo la perspectiva formal, antes de octubre de 1989, la estructura de estas fiscalías permanecían rígidamente jerárquicas. No en vano los magistrados de nivel operativo adscritos a los órganos de la fiscalía eran formalmente definidos como "*Fiscales Sostitutos*": a través de dicha denominación se quería hacer explícito que asumían poderes y funciones no atribuidas directamente, sino que se obtenían por delegación, revocable en cualquier momento por el Fiscal jefe. Con el paso del tiempo se ha producido una progresiva asimilación del rol de los magistrados investigadores al del juez... asimismo se ha llegado de hecho a deslegitimar el poder jerárquico del Fiscal General de la Corte de Apelación en los conflictos que afectan a las fiscalías de su distrito (baste recordar las recurrentes reacciones contra el uso del instituto de la avocación), llegándose paralelamente a deslegitimar el uso del poder jerárquico de los fiscales jefes y de los fiscales generales jefes al interno de sus propios órganos (tendencia a crear sistemas de distribución automática del trabajo –en vía definitiva y no revocable– a cada sustituto individualmente), justificada por algunos autores incluso con la afirmación de que también al MP debe aplicarse el principio constitucional del "juez natural" predeterminado por la ley». DI FEDERICO, Giuseppe, «Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità», *Riv. Arch. Pen.*, 1995, pg. 159.

431. StsCC 462/1993 y 463/1993.

nalmente—. Ámbito de competencia desempeñada siempre además bajo el criterio de la obligación de su ejercicio (art. 112)⁴³². Argumento que ya apuntábamos en la primera parte de esta investigación, según el cual cabe concluir que las Fiscalías, todas ellas, no importa cual sea su grado jurisdiccional, están situadas en una relación horizontal, son independientes entre sí y son todas ellas susceptibles de representar la voluntad del conjunto MP.

No es ésta sin embargo, la situación más llamativa a nivel comparado⁴³³. Resultan aún más sorprendentes las nuevas relaciones en el seno de cada fiscalía, en donde la nueva regulación parece haber seguido un proceso análogo al que acabamos de analizar, disminuyendo el poder de los fiscales jefes, ya sean Fiscales Generales o de la República.

El art. 20 del Decreto Presidencial de 22 de septiembre modificó el art. 70.3 del RD de 1941, regulador de las relaciones entre el titular de la fiscalía y los Fiscales Sustitutos, en varios puntos fundamentales⁴³⁴. El más importante sin duda se refiere a la eliminación del término «*dependiente*», lo que normalmente, como ya se ha hecho notar, llevaba a interpretar el artículo como una disposición que legitimaba la organización jerárquica en el seno de la Fiscalía⁴³⁵. La modificación de la norma ha producido, como no podía ser de otra manera, interpretaciones prácticamente antagónicas. Para algunos autores no cabe duda de que existe una clara intención de disminuir el papel del titular del órgano⁴³⁶.

432. A las anteriores hay que añadir las Sts 464/1993 y 420/1995.

433. La última reforma orgánica holandesa, si bien por criterios de eficacia, también desvinculó, orgánica y funcionalmente, a las Fiscalías de distrito de sus Fiscalías de Apelación.

434. La redacción del artículo 70.3 era como sigue: «*El fiscal general, los abogados generales incardinados en las secciones destacadas de la Corte de Apelación y los fiscales de la República ejercitan sus funciones personalmente o por medio de los magistrados dependientes destinados en sus respectivos órganos*». La redacción actual es la siguiente: «*Los titulares de los órganos del ministerio público dirigen el órgano en el que están situados, organizan su actividad y ejercen personalmente las funciones atribuidas al ministerio público por el Código de procedimiento criminal y por las demás leyes cuando no designen a otros magistrados destinados en el órgano. Puede designarse más de un magistrado considerando el número de imputados o la complejidad de las indagaciones o de la fase oral*».

435. No obstante, también existen interpretaciones para las que la situación precedente tampoco establecía ningún tipo de relación jerárquica. MANZINI, G., «La gerarchia nel pubblico ministero», *La riforma del pubblico ministero*; AA. VV, Milán, 1974, pgs. 201 y ss. Para MANZINI, en contra por ejemplo de DI FEDERICO, G., «Obbligatorietà...», *op. cit.*, aunque asumiendo su propuesta basada en la práctica, sólo una interpretación restrictiva del art. 70, en donde el titular debía limitarse a «designar» al sustituto, era acorde con el principio de independencia de la magistratura reconocido a través de la irrenunciable independencia externa (art. 104.1 CI), junto a la distinción de los magistrados en base únicamente a la diferenciación de funciones (art. 107.3 CI).

436. GIANGIACOMO, B., «L'organizzazione e i criteri di assegnazione degli affari negli uffici giudiziari requiranti», *L'organizzazione della giurisdizione dopo le riforme*; AA VV, Rimini, 2000, pgs. 103 y ss. También BOZZO, N., «Organizzazione...», *op. cit.*

Para otra parte de la doctrina, se trata de subrayar la importancia del «buen funcionamiento» de la justicia, adaptándose el artículo a la verdadera relación que existía entre el Fiscal de la República y el sustituto que, en ningún caso, era de delegación, sino de «designación», no habiéndose producido por tanto cambio alguno en este apartado, sino que la verdadera innovación proviene de las nuevas y expresas competencias de organización que se asignan al titular de la fiscalía en la nueva redacción del art. 70,3. Competencias otorgadas en virtud del art. 97 CI⁴³⁷. A este primer eje de discusión hay que añadir otro bloque de argumentación íntimamente relacionado que se refiere a la distinción entre la fase previa y la de audiencia, la cuestión de la plena autonomía otorgada al Fiscal Sustituto en dicha instancia y la excepcionalidad de su sustitución, según establecen las nuevas disposiciones 70.4 RD 1941, 53 c.p.p. y art. 36 c.p.p.⁴³⁸. La discusión se ha centrado en el significado y la «extensión» de la concesión de «plena autonomía» al sustituto durante la fase de audiencia. De forma análoga, para el primer sector de la doctrina mencionado está concesión tiende inevitablemente, en consonancia con la nueva designación, a dilatar los poderes del titular en la fase previa a la misma; para los segundos, significa que precisamente, fuera de la fase de audiencia, el Fiscal Sustituto no goza de plena autonomía⁴³⁹.

437. ZAGREBELSKY, V., «Sull'assetto interno degli uffici del Pubblico Ministero», *Riv. Cassazione Penale*, 1993, pg. 721; CORDERO, F., *Procedura Penale*, Giufre ed., Milán, 1993, pgs. 197 y ss. PIZZORUSSO, A., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Turín, pgs. 168 y ss.; CARCANO, D., «I rapporti tra procuratore della Repubblica e sostituto: opportunità di una rimediación?», *G. Riv. Cass. Pen.*, 1997, pgs. 1954 y ss.; «Rapporti tra procuratore della Repubblica e sostituto designato per la trattazione del procedimento», *Riv. Cass. Pen.*, 1993, pgs. 537 y ss. En la doctrina italiana actual es ciertamente más abundante esta postura como se observa en DIOTALLEVI, Giovanni. «L'organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero. (Nuovi criteri di interpretazione dell'art 70 ordinamento giudiziario o coerente rivisitazione della disciplina esistente?)», *Quest. Giust.*, núm. 4, 2000.

438. Esta es la redacción de los artículos después de la modificación de los RD Pr. de 22 de septiembre de 1988, art. 70.4 del RD de 1941: «En el curso de las audiencias penales, el magistrado designado desarrolla las funciones del Ministerio Público con plena autonomía y puede ser sustituido sólo en los casos previstos por el Código de procedimiento penal. El titular del órgano transmite al Consejo superior de la magistratura copia del procedimiento motivado bajo el cual ha dispuesto la sustitución del magistrado».

Art. 53. c.p.p.: «Autonomía del ministerio público en la audiencia. Casos de sustitución. 1. En la audiencia, el magistrado del ministerio público ejerce sus funciones con plena autonomía».

2. El jefe del órgano procede a la sustitución del magistrado en el caso de grave impedimento, de relevantes exigencias de servicio y en aquellos casos previstos en el art. 36 punto 1 letras a), b), d), e). En los demás casos el magistrado sólo puede ser sustituido con su consentimiento.

3. Cuando el jefe del órgano omite proveer la sustitución del magistrado en los casos previstos del art. 36 ap. 1, letras a), b), d), e), el Fiscal general de la Corte de Apelación designa para el trámite de audiencia a un magistrado perteneciente a su fiscalía.

«Art. 36: El juez tiene la obligación de abstenerse:

a) si tiene intereses en el procedimiento o si alguna de las partes privadas o un defensor es deudor o prestamista suyo, de su cónyuge o de sus hijos; b) si es tutor, curador, procurador o dador de trabajo de una de las partes privadas o si el defensor, procurador o curador de una de las partes es pariente próximo suyo o de su cónyuge; d) si existe enemistad grave entre este o un pariente próximo suyo y una de las partes privadas; e) si alguno de sus parientes próximos o de su cónyuge ha sido ofendido o dañado por el delito o por la parte privada».

439. MONACO, G., *Pubblico...*, op. cit., pg. 370.

Cabría preguntarse por tanto si se ha suprimido toda forma de control y jerarquía y si resulta posible compatibilizar la autonomía del Fiscal Sustituto y la unidad del MP.

Para BOZZO, quien es quizá el representante más importante del primero de los posicionamientos descritos –debido a su labor de recopilación de argumentos realizada y su fuerza al expresarlos– es evidente que una estructura jerárquica vertical que otorgue un poder de dirección de la actuación de la Fiscalía basada en la autoridad y prevalencia del punto de vista o la consideración del Fiscal Jefe, tendría sentido, tan solo, si su ejercicio se equilibra con la asunción de responsabilidad por parte de un órgano político colocado en la cúspide de la organización piramidal de la función⁴⁴⁰.

La existencia de centros de poder fuerte, desprovistos de un superior jerárquico con responsabilidades políticas, supone un déficit de responsabilidad del propio sistema. No existiendo un órgano susceptible de controlar estos centros de decisión, el poder en la conducción de la iniciativa penal pasaría a ejercerse sin un adecuado equilibrio de responsabilidad. En este sentido, matiza dicho autor que «excluida por decisión constitucional semejante opción, la vigencia de ámbitos normativos informados por una penetrante inspiración jerárquica se presenta como la permanencia de "muñones, despojos normativos", desconectados de la arquitectura constitucional general que les garantizaba una "legitimidad y coherencia" propias». De la ausencia de un órgano central en la gestión vertical de la política acusatoria, se deriva que toda parcela jerárquica –además de no justificarse bajo el argumento de la racionalidad organizativa (art. 97 CI)– no sería compatible con el diseño constitucional⁴⁴¹.

Es evidente que en este posicionamiento doctrinal subyace una interpretación del Tít. IV, totalmente contraria a la que se sustenta en esta tesis, según la cual los distintos perfiles de la independencia son indisolubles y están sometidos a una estrecha relación. En términos utilizados por BOZZO existiría «un canal de comunicación lógico, constitucionalmente obligatorio, entre la posición del MP en la estructura de poderes, su ubicación dentro del Poder Judicial y las controversias interpretativas sobre las garantías que le asisten en su estatus individual»⁴⁴². O lo que es lo mismo, sólo existirían dos modelos de MP dotados de coherencia suficiente: aquel que asocia la independencia del Ejecutivo con la obligación de la acción penal y la personalización de funciones, y aquel que hace derivar la discrecionalidad de la

440. Una opinión totalmente contraria a la necesidad de la jerarquía es la de PIZZORUSSO, A., «Per un collegamento...», *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 39.

441. BOZZO, N., «Organizzazione...», *Quest...*, *op. cit.*, pgs. 291-293.

442. *Ibidem*, *op. cit.*, pg. 295.

acción penal de la dependencia del Ejecutivo y de la estructura jerárquica del órgano. Aunque estos modelos no se den en estado puro, el margen de mediación legislativa sería bastante reducido. Partiendo del modelo italiano, existiría sin duda una obligación de adoptar un tratamiento normativo que tendencialmente asimile a jueces y fiscales; cualquier eventual distanciamiento de este proceso ha de buscar fuentes de legitimación que no informan el tratamiento constitucional que lo sustenta⁴⁴³.

Se sostiene que la «fuerza» del carácter de la actuación del MP italiano puede verse disminuida si se difumina el conocimiento y la responsabilidad que se deriva de la continuidad del ejercicio de las funciones durante todo el procedimiento. Es decir, de la acción penal ejercida por el mismo Fiscal designado, realizada con autonomía y permanencia a lo largo de todo el proceso. De hecho, el art. 3 de las «*Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del Codice di Procedura Penale*» (Decreto Legislativo 28 julio 1989, n. 271) ponía énfasis en que el titular de la fiscalía procure que, siempre que resulte posible, el mismo magistrado haga frente a las distintas fases del procedimiento⁴⁴⁴. Tanto parece estimarse esta idea, que el art. 570.3 c.p.p. prevé la posibilidad de que el mismo fiscal sea designado para actuar en la fase de apelación⁴⁴⁵. Así, y especialmente tras el nuevo proceso –más decidi-

443. De ello se derivan dos consecuencias: a) No existe una verdadera opción entre personalización y capacidad directiva dentro de las fiscalías. La posición subjetiva del MP está protegida constitucionalmente y no parece que a través de alquimias normativas pueda el legislador superarla. b) Si se asume la vigencia constitucional del principio de sujeción a la ley en el seno del MP, es evidente que las residuales potestades de mando u organizativas al interno de la Fiscalía deberán ser interpretados *secundum constitutionem* y por tanto, deben reconducirse al canon interpretativo constitucional y encontrar una legitimación no contradictoria respecto a esta premisa. A nuestro juicio, el error de esta argumentación consiste en seguir sosteniendo la aplicación del art. 101.2 de la CI al MP, así como la de aceptar una interpretación del art. 112 CI cuyo cumplimiento puede solo promoverse a través de un eje principal: mediante la valoración de la autonomía del magistrado singular, asegurando mecanismos procesales que garanticen lo mejor posible un control consistente sobre el modo y el tiempo del ejercicio de la acción penal. Así lo hace el nuevo Código italiano al establecer plazos de investigación, prever el control jurisdiccional del juez de garantías –incluso de parte– sobre la actividad de investigación y mediante lo dispuesto en su art. 70.5 por el cual el Fiscal debe informar al titular de la fiscalía de las *notitia criminis* que conozca fuera del ejercicio de su cargo. Son todos ellos, por tanto, instrumentos que equilibran la discrecionalidad de la actividad acusatoria. BOZZO, N., «Organizzazione...», *Quest...*, *op. cit.*, 294-297. No obstante, como señalan otros autores, el artículo 112 CI de esta disposición interpretarse como la cobertura constitucional, precisamente, de aquellos poderes de dirección, revocación y sustitución del sustituto por parte del Fiscal Jefe, justamente dirigidos controlar la eventual inercia del sujeto designado en primer lugar. MONACO, G., *Pubblico...*, *op. cit.*, 382.

444. Decreto Legislativo 28 julio 1989, n. 271 Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del Codice di Procedura Penale. Art. 3: «*Designación del ministerio público. Los titulares de los órganos del ministerio público se ocupan de que, donde sea posible, se provea para todas las fases del relativo grado al magistrado o magistrados originariamente designados (art. 70 ord. giud.)*»).

445. Art. 570.3 c.p.p. «*El representante del ministerio público que ha presentado las conclusiones*

damente acusatorio y por tanto con mayores competencias para el fiscal— se han defendido las «evidentes» ventajas que se derivan de la concentración en un único magistrado de toda la actividad relativa a cada fase del proceso. En definitiva, para estos autores, el paso de la delegación y la dependencia a la designación, permite hacer pensar, conforme a la CI, que la asignación de la *notitia criminis* activa un poder inherente de cada magistrado perteneciente a la Fiscalía que elimina todo poder del órgano superior. La designación podría ser revocada tan sólo por exigencias organizativas generales, burocráticas, excluyéndose la revocación por motivos concernientes al mérito (procesal o sustancial) de la propia actuación del sustituto. Esto es lo que se ha denominado como «personalización» de funciones.

No parece andar muy lejos de estas tesis el propio CSM, quien a pesar de su constante ambigüedad, cuando propone —como no podía ser de otra manera— en un examen comparativo del antiguo y nuevo texto, una lectura restringida del art. 70.3, sin perder de vista que tácitamente la CI no admite relaciones de jerarquía en el seno de las fiscalías, y que todos los preceptos de su Tít. IV son de aplicación a las fiscalías. Siguiendo al Consejo, la regulación expresa de las competencias del titular de la fiscalía —dirección y organización— sólo tiene sentido si se considera que, tras la nueva fórmula de la designación, estos poderes no pueden suscitarse por vía interpretativa. En la antigua «delegación», estos poderes se encontraban en términos generales comprendidos en la supremacía jerárquica ejercida sobre aquellos magistrados «dependientes»⁴⁴⁶.

Además, por una vez si se expresa con meridiana claridad en la importantísima resolución de 12 de julio de 2007 sobre *«Disposizioni en materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 20 febbraio 2006, n. 106»*. Si el decreto derogaba el mencionado art. 3 Ley 271/89 que acabamos de comentar y que suponía la concentración de los actos en n solo fiscal —«lo permitía afirmar la autonomía del Fiscal Sustituto en la fase de investigación»—, el CSM no dudaba en su instrucción de calificar semejante regulación de inconstitucional, volviendo una y otra vez a la doctrina señalada sobre la «designación» como acto que «no solo otorga [al Fiscal Sustituto] una titularidad mediata [para el ejercicio de la acción penal] sino también una esfera de autonomía profesional con su relativa responsabilidad en el desarrollo del procedimiento». Todo ello en base a una

y solicita la apelación podrá actuar en la fase oral de la instancia sucesiva, como sustituto del Fiscal General de la Corte de Apelación. La participación será requerida por el fiscal general de la Corte de Apelación siempre que lo considere oportuno. Las instrucciones corresponden en todo caso al Fiscal general».

446. «Consiglio superiore della Magistratura, delibera 25 marzo 1993 sui rapporti tra sostituti e dirigente degli uffici di procura», *Riv. Foro italiano*, vol. I, 1993, pg. 2612.

abundante legislación, previa a la propia dorgaión producida por el DL. n. 106 al que se refiere expresamente la instrucción, y que no habiéndose modificado, que atenúan la responsabilidad del Fiscal de la república y «redimensionan el carácter de personalización» del Fiscal Sustituto⁴⁴⁷.

No obstante, a nuestro juicio, esta interpretación del CSM se cohonestaría perfectamente con la argumentación formulada por ZAGREBELSKY o ZANON. Para ambos autores existiría una necesidad irrenunciable de compensar la autonomía reconocida a todos los fiscales con la unidad de criterio dentro del órgano. Lo cual se ha logrado mediante la sustitución del instituto de la delegación por el de la designación, que articula la relación entre el sustituto y los fiscales jefes, al mismo tiempo que se afirman, de manera expresa y clara, las competencias que corresponden al Fiscal titular del órgano. Estos poderes implican en todo caso, como afirma ZANON, N. «limitaciones a la libre determinación de las personas que operan en la fiscalía»⁴⁴⁸. En nuestra opinión, en la propia afirmación del CSM se reconoce también implícitamente la clara intención que acompaña a la regulación de las competencias del Fiscal Jefe. Si no se derivan de la designación, su inclusión cuanto menos la matiza y limita la teoría general del instituto.

Volviendo a la noción de independencia débil, cuyo paradigma –como se señalaba anteriormente– son las agencias independientes, es cierto que ésta se ha realizado en líneas generales a través de una relación basada en la potestad de nombramiento por parte de la autoridad política y, como contrapartida, una autonomía total del cargo «designado» en el ejercicio de sus funciones. No obstante, es perfectamente posible someter la designación al cumplimiento o, cuanto menos al desarrollo de una labor, conforme a unos principios, contenidos y fines establecidos con carácter general y de manera previa –y a ser posible de común acuerdo– y cuya definición correspondería al Fiscal Jefe. Tal y como de hecho sucede en Holanda.

Efectivamente, si bien no es una verdadera novedad el término «designación», sí lo es la mención expresa de las competencias del titular de la fiscalía y siguiendo a ZAGREBELSKY podría afirmarse que «no puede dudarse que la dirección y organización de la actividad de un órgano público está condicionada por la finalidad propia del órgano... y, en sustancia, ejercita el poder necesario para conseguir la finalidad propia del órgano». Siendo esto así, deben quedar excluidas las interpretaciones que limitan la actividad de orga-

447. «Disposizioni in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero a seguito dell'entrata in vigore del DL 20 febbraio 2006, n. 106»; pgs. 2 y 3 respectivamente.

448. ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 10. ZAGREBELSKY, V., «Sull'assetto...», *op. cit.*, pg. 719.

nización y dirección de la Fiscalía al plano de la mera burocracia, sin afrontar el ámbito propio de la actividad judicial para la cual está constituido el órgano⁴⁴⁹.

La compatibilidad entre los poderes del Fiscal Jefe —o el criterio de unidad de actuación y una cierta jerarquía— y la autonomía de los fiscales italianos se hace posible mediante la distinción, tal y como parece distinguir nítidamente la ley, entre la fase de audiencia y las actuaciones previas —en especial su fase fundamental de «indagaciones preliminares»⁴⁵⁰—, así como de las relaciones que se establecen. Existen varios argumentos para sostener semejante distinción.

En primer lugar, hay que insistir en la inaplicabilidad del art. 101 al Ministerio Público, principio en el que se basa la independencia interna de la magistratura. A este respecto la sentencia de la Corte Constitucional 52/1976 realizó tres pronunciamientos fundamentales. Ya se han referenciado los dos primeros, por lo que simplemente se enuncian a continuación, transcribiendo el contenido de la sentencia citada a efectos de describir el tercer lineamiento de esta jurisprudencia:

«Primero: Las disposiciones referidas al Ministerio fiscal no pueden ser consideradas inconstitucionales por el mero hecho de que en algún momento procesal establezcan relaciones jerárquicas.

Segundo: Las garantías del 101 referidas al juez individual sólo se entienden referidas al Ministerio Público considerado en su conjunto.»

En tercer lugar, la citada sentencia continúa:

449. ZAGREBELSKY, V., «Sull'assetto...», *op. cit.*, pg. 719. Autor para quien organizar y dirigir un órgano significa en primer lugar evitar la descoordinación y la contradicción que se produzcan en su seno. Y ello tiene especial significado al interno de las fiscalías. La posibilidad de que se produzcan divergencias en la actuación de los distintos Fiscales Sustitutos designados en los diferentes procesos, precisa de la intervención del titular del órgano en su función de dirección y organización del mismo. La gestión largamente discrecional de numerosos procedimientos, el cierre de las indagaciones preliminares o su continuación, la solicitud de archivo, el acto de conciliación, la búsqueda de consenso mediante el procedimiento abreviado, la solicitud de medidas cautelares, el transcurso de tiempo en los procedimientos y el cumplimiento de los actos de indagación, requieren de criterios continuados, normalizados y establecidos para todo el órgano, si se quiere evitar el tratamiento desigual de los ciudadanos, la pérdida de credibilidad de la justicia y no ser objeto de sospechas de parcialidad.

Nótese que ambas posturas contradictorias, personalización-unidad, casi antitéticas por hacer uso de similares argumentos, pretenden reafirmarse a tenor del nuevo proceso acusatorio y de las nuevas competencias atribuidas a los fiscales.

450. La fase de las «*indagini preliminari e udienza preliminare*» están reguladas en el Libro Quinto parte segunda arts. 326-391 c.p.p. La fase de audiencia, llamada del «*Dibattimento*» está regulada en el Libro Séptimo parte segunda arts. 465-548, titulado propiamente «*Giuzio*».

«... por otra parte, en la fase instructora y preparatoria de la fase oral existen relaciones entre el titular y los "magistrados dependientes" de carácter administrativo y no jurisdiccional, muy distintas de las referidas a la esfera competencial del juez (véanse las sentencias n. 110 del 1963 e n. 32 del 1964)... Hay que tener presente que la ley de delegación para la reforma del código de procedimiento penal, al establecer la autonomía jerárquica y la no sustitución del ministerio público en la audiencia, implícitamente excluye tanto lo uno como lo otro en las otras fases: ley de 3 de abril de 1974, núm. 108, art. 1, núm. 61»⁴⁵¹.

Aunque la citada jurisprudencia se produzca con anterioridad a la regulación actual no pierde su fuerza argumental, pues en nada ha cambiado la regulación actualmente vigente. La naturaleza de la relación entre el Fiscal Jefe y sustituto no puede derivarse del art. 101 CI, pues toda su actividad previa a la fase oral posee un carácter eminentemente administrativo que se sustenta en unos criterios funcionales dictados por una estructura jerárquica superior, acordes con los principios administrativos de la CI (art. 97, buen funcionamiento e imparcialidad). Desde dicha perspectiva, esta relación no se refiere únicamente en los aspectos burocráticos y organizativos, sino que afecta al ejercicio de las funciones asignadas, existiendo «una verdadera y propia dependencia funcional»⁴⁵². En definitiva, tanto la sentencia citada como la regulación vigente, determinan únicamente la autonomía y la excepcionalidad de la sustitución sólo para la fase de audiencia⁴⁵³.

El nuevo Código y los nuevos poderes del fiscal en la investigación acentuarían de nuevo este tipo funciones y la necesidad de adoptar criterios unificadores. Si la verdadera acción penal no comienza hasta la formulación de una imputación formal y la solicitud de apertura de la fase oral (art. 405 c.p.p.), resulta perfectamente posible sostener la inaplicación del artículo 112 –asimilado al 101– en la fase previa, la cual ha de estar amparada por el art. 97 CI⁴⁵⁴.

No obstante, existen opiniones contrarias que mantienen que toda la actividad acusatoria tiene sin duda una «irreductible fisonomía valorativa», exactamente igual que la del juez, lo que lleva al problema del eventual ejercicio de una actividad discriminatoria. Todo ello puede reconducirse al principio de la obligación penal (art. 112 CI), que supondría una doble ga-

451. StCC 52/1976, *op. cit.*, pg. 3. www.cortecostituzionale.it

452. ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pgs. 17-19.

453. *Ibidem*, *op. cit.*, pg. 21.

454. La St. CC. 420/1995 afirmó la aplicabilidad del artículo 112 a las fases previas del proceso penal. No obstante, dicha jurisprudencia se refiere básicamente a las injerencias normativas del Ministerio de Justicia italiano en el ámbito competencial de los fiscales de la República.

rantía: independencia y autonomía en el ejercicio de su función, así como un ejercicio no discriminatorio de sus atribuciones; y por tanto, un punto de convergencia entre los principios de legalidad e igualdad.

La actividad de *ius decidere*, eliminado el mito de la actividad iluminada y objetiva o de la mecánica actividad de subsumir los hechos en el precepto, es una actividad valorativa análoga⁴⁵⁵. El dilema que se plantea es muy claro y se refiere a la pregunta acerca de cómo se adecuan mejor los principios de legalidad e igualdad: bien mediante la absoluta autonomía de todos los fiscales actuando bajo el principio de obligación penal, o alternativamente, bajo la dirección de un Fiscal Jefe amparada en criterios administrativos. En la primera de las opciones, el problema que puede plantearse es el de la posible existencia de comportamientos discordantes, en ocasiones antagónicos en el seno del órgano. La posible vulneración de la legalidad penal amparada en criterios administrativos, puede ser la problemática que se derive de la segunda de variables que anteriormente han sido planteadas. Italia y Holanda apoyarían, en líneas generales, la primera y la segunda de estas perspectivas, respectivamente.

En segundo lugar, a nuestro juicio, la garantía de la autonomía y la imposibilidad de sustituir o remover a los fiscales designados durante el trámite de audiencia es en todo caso una decisión legislativa tendente a la «personalización», «sobre la que sin duda es excesivo tener dudas de constitucionalidad»⁴⁵⁶; pero no supone la expresión de un mandato constitucional que otorgue a todos los fiscales una total independencia interna⁴⁵⁷. No parece ser éste además el sentido de la ley. A juicio de ZAGREBELSKY cuando se refiere a los trabajos parlamentarios realizados con motivo de la tramitación de ley,

455. BOZZO, N., «Organizzazione...», *Quest...*, *op. cit.*, pg. 293. El autor continúa señalando que una organización jerárquica es totalmente contradictoria con la necesidad que se deriva de la plena aplicación al principio de obligación penal. Y ello porque históricamente, la «personalización» —que ya existía en el pasado y ubicada en un vértice jerárquico— ha permitido siempre la existencia de un «*self restraint*» en la Fiscalía que lesionaba de este modo el principio de legalidad aplicado al poder de acusar. «No se le ha escapado a la doctrina más avisada, el nexo instrumental entre la autonomía de los Fiscales Jefes y la efectividad del sistema, o mejor, entre la personalización de la función acusatoria y el acceso a la fase jurisdiccional de delitos concretos que debieran haber llegado a la fase oral y que sin embargo han sido objeto de un tratamiento privilegiado, en una especie de cautela judicial», *op. cit.*, pg. 294.

456. ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 23.

457. Una magnífica defensa doctrinal acerca de la inutilidad de ampliar la prohibición referida a la capacidad de disciplinarse autónomamente y de autoorganizarse de los juzgados y tribunales a las fiscalías, puede encontrarse en BARTOLE, S., «A proposito della riserva della funzione giurisdizionale», *Rev. Studium iuris*, núm. 2, 1995, pgs. 159 y ss. En opinión de BARTOLE, el artículo 101 de la CI supone una reserva de ley para las actividades de carácter estrictamente jurisdiccional, ni siquiera extensible, por consiguiente, a todas las actividades de los jueces.

«no se extrae ninguna duda de que la autonomía del MP prevista por el art. 53 c.p.p. en el sentido de la imposibilidad de su sustitución se refiere sólo a la audiencia». La sustitución de la fórmula previa «en la audiencia, el Magistrado del PM es autónomo en el ejercicio de sus funciones», por la redacción que adopta la Comisión parlamentaria «en la audiencia, el magistrado del PM ejerce sus funciones con plena autonomía» permite distinguir claramente «entre el momento subjetivo del MP en que éste se mantiene dentro de una estructura jerárquica, y el ejercicio de alguna de sus específicas funciones, en virtud de las cuales se les atribuye plena autonomía»⁴⁵⁸.

Pero también frente a este supuesto hay quienes opinan totalmente lo contrario, aún basándose en el mismo texto. Según otros autores, aunque la «*Relazione al progetto preliminare del codice*» establece que «no habiendo sido modificados por la ley de delegación, se mantienen intactos, en lo que se refiere a los órganos de la fiscalía, las relaciones entre el superior y el sustituto en las fases distintas a la audiencia», la realidad normativa no refleja estas palabras. En este sentido, se afirma que si de una interpretación a contrario del art. 53.2 c.p.p. puede inferirse que fuera de la audiencia el magistrado puede siempre ser sustituido, de la misma operación interpretativa aplicada al art. 53.1 c.p.p., ha de concluirse que fuera de la audiencia el magistrado no ejerce sus funciones con plena autonomía, pero no que quede sometido a una relación jerárquica tradicional. Resulta posible sostener que fuera de la audiencia, el magistrado carezca de una autonomía plena, pero sí ejerce una autonomía «*no plenamente limitada*». Esta autonomía, sólo parcialmente limitada, se deduce de cuatro premisas:

- i) La eliminación del adjetivo dependiente;
- ii) El nuevo instituto de la designación del «sustituto»;
- iii) La necesidad de que el procedimiento de sustitución sea motivado (art. 70.4 RD 1941), no distinguiéndose si se produce en una fase u otra;
- iv) El principio de igualdad entre los magistrados, no pudiendo utilizarse la diferenciación de funciones que contempla el art. 107.3 de la CI para justificar la existencia de magistrados meramente ejecutores de las funciones de mandato de otros magistrados⁴⁵⁹.

458. ZAGREBELSKY, V., «Sull'assetto...», *Riv...*, *op. cit.*, pg. 717.

459. PIGNATELLI, Amos, «Rapporti tra procuratori della repubblica e sostituti alla luce della nova formulazione dell'art 70 dell ordinamento giudiziario», *Rev. Quaderni CSM*, núm. 56, 1992, pg. 141. En términos muy similares se expresa, como siempre, Bozzo, N.: «alcanzado el valor de la autonomía, se ha establecido una distinta modulación de la misma en la audiencia y en la fase previa». Bozzo, «Organizzazione...», *Quest...*, *op. cit.*, pg. 291. Sólo sobre el último punto iv), parece estar de acuerdo toda la doctrina.

Lo cierto es que incluso la relevancia que algunos autores han destacado al referirse al nuevo término de la «designación» es relativa. Ya habíamos analizado cómo el funcionamiento real de la fiscalía, aún bajo el viejo ordenamiento, no reproducía en ningún caso una relación jerárquica donde el sustituto fuera un mero subordinado de su fiscal jefe⁴⁶⁰.

Todo lo contrario. En Italia se acepta desde hace tiempo que la función propia del magistrado en la fase de audiencia, impide actos de imperio a través de los que se vea obligado a realizar o no realizar actos procesales con un contenido determinado. Teniendo siempre además el Fiscal Sustituto la posibilidad de ser apartado del asunto si así lo desea. La propia «*Relazione al progetto preliminare*» es nítida al motivar la correspondiente modificación. Simplemente, considera la fórmula de la delegación como «inadecuada para describir la relación... pues no puede ser mantenida dentro de un sistema que prevé la plena autonomía del magistrado designado para la fase de audiencia penal, que es el momento central del nuevo proceso». Supuso por tanto una adaptación a la realidad de la situación italiana, aunque no obstante, con la nueva fórmula y como ha sido puesto de relieve por la doctrina, «no han sido modificados por la *legge-delega*, se mantienen inmutables... la relación entre el superior y el sustituto en la fases distintas de la audiencia»⁴⁶¹.

Por lo tanto, en realidad, la naturaleza de la relación entre el sustituto y el Fiscal Jefe, no ha cambiado; tan sólo, se ha hecho más expresa y clara, tanto en la autonomía que corresponde al Fiscal Sustituto como en los poderes que continúan correspondiendo al titular del órgano.

El único punto de encuentro entre ambas posturas es, consecuentemente, el reconocimiento de la autonomía del sustituto durante la fase de audiencia. En esta fase, «la ley se muestra clara: plena autonomía del fiscal asignado al proceso y posibilidades excepcionales de sustitución (art. 70.4) (antimafia) y 53.2 y 3 –grave impedimento–». El contenido de esta autonomía supone «libertad de fijar autónomamente el sentido de la requisitoria que se pronuncia en la fase oral, postulándose eventualmente en posiciones

460. DI FEDERICO, G., «Obbligatorietà...», *Riv...*, *op. cit.*, pgs. 159 y ss.

461. Los trabajos preparatorios del c.p.p. y todo su periplo pueden encontrarse en: CONSO, G.; GREVI, V.; NEPI MODONA, G., *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai criteri decreti delegati*, Zanichelli, Bolonia, 1992, pg. 327. También, y compartiendo las previsiones del nuevo código, que establecen la distinción entre normas de organización y normas de comportamiento del fiscal jefe, «dibuja de hecho, una línea de tendencia que expresa el intento de no personalizar la función de acusar», DALIA, Andrea A., «Il problema del coordinamento, dei collegamenti e dei controlli nell'esercizio della funzione di accusa», *Accusa penale e ruolo del Pubblico Ministero*, AA. VV, GAITO, A. (coord.), Nápoles, 1991, pg. 86.

contrarias a las instrucciones recibidas de sus superiores». Por tanto se trata de una «incensurable capacidad de elección en la fase oral de la estrategia procesal disponible para la acusación»⁴⁶². Se sigue la opinión de la «Corte di Cassazione», según la cual, esta libertad de elección incensurable proviene en primera instancia de la ley, pero además, en segunda instancia, de la propia dialéctica procesal mediante la que solo pueden ser las partes procesales las llamadas a decidir discrecionalmente su propia conducta ante el juez⁴⁶³.

No obstante, desde esta perspectiva también acaban planteándose discrepancias. Para aquellos autores que defienden la distinción entre ambas fases, la ratio de la autonomía en la fase de audiencia está ligada a la naturaleza misma de la audiencia, caracterizada por ese principio contradictorio que implica un desarrollo cuya valoración no puede ser sustraída a quién es protagonista. Y por lo tanto, la disposición no se refiere también a la «*udienze di indagine*»⁴⁶⁴; para los que no apoyan la distinción, «por audiencia no puede entenderse sólo aquella fase oral, ya que propia la audiencia distingue momentos significativos fuera de la mismas indagaciones preliminares». Y en

462. ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 36.

463. Subraya la Corte de Cassazione que «*el jefe del órgano no puede responder con una impugnación, salvo en casos de violación de la ley, el ejercicio del poder discrecional del magistrado por el delegado en la decisión de conciliación en el juicio abreviado e, incluso antes, en la elección del juicio inmediato, del cual se ha derivado esta decisión. Tal actuación, entraría en contradicción no solamente con el principio de autonomía del fiscal designado, sino que, de manera más incisiva, lo está con la dialéctica procesal; según la cual, son las partes directamente encausadas las llamadas a desarrollar las acciones y expresar sus pareceres, más o menos vinculados, como consecuencia de una exclusiva y plena autonomía discrecional*» (Cass. Pen, sez. II, 4 de diciembre 1990). *Ibidem*, *op. cit.*, 37. Para ZANON, N., la situación de libertad de elección en la estrategia por parte de los sustitutos, aumenta no obstante el peligro de abrir distintos procedimientos acusatorios dentro de cada fiscalía, incluso "estridentemente" contradictorios. Además de vulnerar el art. 112 –el MP tiene la obligación de actuar siempre del mismo modo ante las mismas circunstancias– puede "ser contraproducente, sobre todo en la lucha contra la criminalidad organizada". En este mismo sentido se pronuncia, GAITO, A., «*Indipendenza del p.m. e "superprocura"*», *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, CARAVITA, B. Bari, 1994, pg. 156, para quien la verdadera preocupación reside en la disparidad de estrategias que siguen las distintas fiscalías, a veces incluso contradictorias. Si bien el problema no parece tener una solución clara, en los términos en que discurre el control del Fiscal Sustituto por el Fiscal Jefe, los instrumentos que dicho autor propone –instrumentos de coordinación entre las fiscalías y definición de las líneas de la política criminal por parte de una autoridad política– trasladan el problema a la relación entre los distintos órganos y a la cuestión de los poderes que debe ejercer la Dirección Nacional Antimafia. En todo caso, como señala ZANON, N., el problema de la descoordinación de estrategias al interno del MP se da también en sistemas de cuño muy distinto al italiano. Por ejemplo, en EE.UU. Si en Italia el problema que se plantea está relacionado con el déficit de controles eficaces y de responsabilidad al interno de la institución, en EE.UU. las dificultades parecen derivar de la enorme discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal; lo que vuelve inoperante el principio de «*equal protection of the law*»; GUARNIERI, C., *Giustizia...*, *op. cit.*, pg. 82.

464. D'AMBROSIO, L., «Comentario dell'art. 53», *Commento al nuovo codice di procedura penale*, CHIAVARIO, M. (edit.), Torino, 1990, vol. IV, pg. 318, nota 22.

todo caso, se considera «arbitraria» la interpretación, según la cual, la fase de las «indagaciones preliminares» es una «zona franca», abandonada a la exclusiva orientación de la gestión de la iniciativa penal por parte del titular del oficio⁴⁶⁵. A ello habría que añadir, apoyado en determinados pronunciamientos de la Corte de Casación⁴⁶⁶, la consideración de que la «designación» efectuada a un miembro de pleno derecho del poder judicial, es un acto jurídico distinto de la delegación, bajo la que no se delega un poder sino que se activa un poder ya existente en el magistrado adscrito al órgano⁴⁶⁷. Desde este poder propio y originario, recibido directamente de la ley, los procedimientos de revocación, sustitución o anulación del Fiscal Sustituto por parte del Fiscal de la República, no pueden incidir sobre el mérito de la investigación, ni sobre la determinación de la acción penal a ejercer. Podrían actuar tan sólo sobre los casos excepcionales de desviación de poder, parcialidad, o defecto de profesionalidad en las actividades de las «indagaciones preliminares» respecto a la finalidad pública y constitucional a la que se deben⁴⁶⁸.

Y desde luego, el CSM parece estar muy de acuerdo con este argumento. En gesto claro del gran poder del CSM y su auto atribución de poderes, se niega el órgano a no intervenir en el reparto de asuntos. En la misma «*Disposizioni in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero a seguito dell'entrata in vigore del DL 20 febbraio 2006, n. 106*», hace referencia expresa a otra derogación producida como consecuencia de esta norma: el art. 7 ter RD 1941, que establecía el control del reparto de asuntos de cada fiscalía por parte del CSM. Como recuerda el órgano, el análisis sistemático de toda la normativa encargada de regular las relaciones en el seno de la Fiscalía, como es por ej. la obligación de informar al CSM de los criterios organizativos, y a pesar de la nueva derogación, el propio Consejo mantiene poderes de «indirizzo» en caso de conflicto, siempre que la disposición organizativa del Fiscal Jefe ponga en riesgo «atribuciones que son manifestación del respecto a las garantías constitucionales» derivadas de los arts. 105 y 112 de la CI⁴⁶⁹ del Fiscal Sustituto.

465. BOZZO, N., «Organizzazione...», *Quest...*, *op. cit.*, pg. 291.

466. Cass. pen. Sez. I, 5 de julio de 1979.

467. PIGNATELLI, A., «Rapporti...», *Rev...*, *op. cit.*, 140. En España existe una discusión similar. Quienes defienden una naturaleza radicalmente ejecutiva del MP han sostenido que los fiscales españoles actúan en virtud una delegación del Fiscal General y en su nombre. Ello confirma precisamente los temores de quienes en Italia defienden la independencia interna de todos los fiscales: su irresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones. Cabe preguntarnos si no resulta acaso posible distinguir distintas competencias y responsabilidades diversas según las funciones que sean ejercidas en el seno de la fiscalía. Creemos que así ha tratado de hacerse en la legislación holandesa con bastante éxito, en nuestra opinión.

468. BOZZO, N., «Organizzazione...», *Quest...*, *op. cit.*, pg. 299.

469. «*Disposizioni in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero a seguito dell'entrata in vigore del DL 20 febbraio 2006, n. 106*», pg. 2.

No es difícil sin embargo, cuestionar este argumento. En primer lugar, porque el art. 25 de la CI (derecho al juez natural) no es en ningún caso aplicable al MP⁴⁷⁰. Si bien los criterios en el reparto de asuntos dentro de la magistratura decisoria se encuentran regulados en el RD 1941 (art. 7 ter) y son establecidos y controlados por el CSM, nada parecido puede encontrarse referido al MP⁴⁷¹. Ni antes, ni ahora, y menos aún una vez explicitados los poderes del Fiscal jefe, se ha adoptado un criterio automático en el reparto de asuntos. Y en todo caso, el citado artículo 25 se entiende referido a un órgano judicial concreto y determinado por un criterio competencial previamente establecido, y no al juez como persona física⁴⁷². El caso de conflicto puede producirse claramente en el momento en que el Fiscal de la República trate de dar instrucciones en la investigación al Fiscal Sustituto.

No obstante, la excepcional medida que supone la sustitución en la fase de audiencia, más que como una tendencia hacia la personalización, ha de interpretarse según ZANON, como una norma surgida al amparo de las exigencias de racionalización y división del trabajo en el seno de las fiscalías correspondientes, así como de la necesidad procesal –principio de contradicción y oralidad– que aconseja que el mismo fiscal esté presente en todas las fases del proceso –no existe un principio «tendencial» de imposibilidad de sustitución ni en el art. 70.4 RD 1941, ni en el 53 c.p.p., que no está reconocido ni siquiera a los jueces (StCC 143/1973)–⁴⁷³.

Que sea excepcional, no quiere decir además que no pueda ejercerse. El art. 70 RD 1941, otorga al Fiscal Jefe un poder-deber de garantizar –también a través de la modificación o revocación de la primera designación– la corrección, la eficacia de la investigación preliminar y la unidad general de dirección en la actividad de la fiscalía. El poder-deber de revocar la designación se encontraría amparado por el principio constitucional contemplado en el art. 97 CI y en dicha previsión normativa encuentra sus límites el poder del Fiscal Jefe.

Tanto el criterio designación como el de su revocación, modificación o integración debe pues poder reconducirse, en primer lugar, a un criterio general de dirección del órgano preestablecido; y en una situación excepcio-

470. St. CC. 148/1963. *www.cortecostituzionale.it*

471. MONACO, G., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 379. Por lo menos, referida a la fase previa.

472. CC. Ordenanza núm. 271/1989. *www.cortecostituzionale.it*.

473. ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 39. No obstante, el autor es consciente de que según la *Corte de Cassazione*, esta particular regulación tiene como finalidad, por encima de otras consideraciones, garantizar la integridad de la actividad acusatoria impidiendo abusos de autoridad de los fiscales jefes, asegurando de este modo no sólo la autonomía externa del MP, sino también al interno de la propia institución (St. Corte Cass. Sez. I, del 12 de abril 1991).

nal en que la situación concreta no pueda ser reconducida a un criterio específico, debe considerarse el interés del órgano en relación a los objetivos que la ley le asigna, siendo los criterios de asignación de tareas en la judicatura los establecidos en los arts. 101 y 25 CI, y el art. 97 CI para el MP. En base a dichas previsiones debe estar basada, en su caso, la correspondiente motivación, limitada por la finalidad legítimamente perseguida del art. 97 de la CI –imparcialidad y buen funcionamiento de la administración– y no por la personalización de las funciones MP a través de cada magistrado de cada fiscalía (StCC 52/1976)⁴⁷⁴.

Lo cierto es que es que los defensores de esta postura han tratado de rebajar al máximo la influencia de esta nueva regulación⁴⁷⁵. Sin embargo, la realidad práctica de lo sucedido en Italia, si nos atenemos a esta importante discusión, es que ha tenido bastante relevancia.

En primer lugar, por los distintos pronunciamientos contradictorios del CSM⁴⁷⁶ y principalmente, en lo relativo a la defensa de los magistrados sustitutos. En uno de los pocos casos resueltos por la Sección disciplinaria, el CSM absolvió a un Fiscal Sustituto de toda falta disciplinar por tomar iniciativas de

474. ZAGREBELSKY, V., «Sull'assetto...», *Riv...*, *op. cit.*, pg. 721. Para este autor existen incluso supuestos, dentro de la fase de la audiencia, en donde el Fiscal jefe debe intervenir. El art. 53 c.p.p. regula sólo las causas de sustitución en casos de «grave impedimento»; pero deja sin regular lo que sucede en caso de un impedimento no grave y que sin embargo impida de igual modo su participación en la audiencia. Pues bien, si no existe consenso en la sustitución, ¿qué posibilidades quedan? En opinión de algunos autores, se estaría en una situación de «relevante exigencia de servicio» –a la que sí se refiere el art. 53–, por la que debería intervenir el Fiscal Jefe, siempre que no sea posible un aplazamiento de la audiencia, sustituyendo al fiscal. Y entraría así mismo dentro del supuesto de «exigencia de servicio», la actuación del Fiscal Jefe en la elección de la estrategia procesal en caso de que exista un disenso entre los fiscales encargados de representar a la institución en la audiencia –lo que puede suceder en aquellos casos en los que está prevista la designación plural art. 70.3–.

475. ZANON, N. ha llegado a afirmar que la nueva relación del artículo 70, no varía sustancialmente la relación clásica al interno de las fiscalías. La «plena autonomía» sería expresión del viejo principio «la letra es sierva pero la palabra es libre». ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 37. Desde luego dicho autor fuerza al máximo la interpretación, pues no puede darse un principio si se ha negado su primer presupuesto. En Italia, como el citado autor reconoce en otro lugar, la letra no es sierva. Más acorde con la literalidad del principio es el modo holandés de entenderlo, donde el fiscal está obligado en sus alegaciones orales finales a actuar de conformidad con la orden recibida y es libre para llamar la atención del juez sobre los aspectos jurídicos que considere de mayor relevancia según presupuestos objetivos (MYJER, *op. cit.*).

476. El CSM ha advertido de los riesgos de la «personalización» («Parere del CSM sul progetto preliminare delle norme di attuazione del c.p.p.»– *Notiziario del CSM*, 1989, núm. 3, pg. 16), a la vez que ha sido un custodio celoso de las pretensiones de los magistrados «inferiores» (ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 24). Por ej. en la «Relazione annuale sullo Stato della giurisprudenza 1991», *Quad. CSM*, núm. 55, 1992, pg. 106, donde se parte del art. 107.3 CI como la habilitación de todo Fiscal a ejercer sus tareas según una mera «asignación» de tareas, sin que la «designación» cualifique su labor.

forma totalmente autónoma en un caso en extremo delicado –el supuesto delito era tráfico de influencias y las personas implicadas ocupaban cargos ministeriales en el momento de los hechos–, a pesar a haber sido advertido del deber de concordar cada acto con el Fiscal de la República. El CSM afirmó que el fiscal jefe no podía obligar al sustituto a acordar cada acto procesal, ni en caso de disenso, podría recabar para sí las actuaciones. Ello en base a «imprescindibles y objetivas exigencias de funcionalidad del órgano, a no ser en caso de macroscópica anormalidad en un primer diseño de su misión negligente o como consecuencia de alteraciones fundamentales de los cánones procesales»⁴⁷⁷.

El caso fue recurrido en apelación. La Sala de lo Civil de la Corte de Casación, encargada del asunto, mostró un total desacuerdo con el CSM. La Corte reconoció que si bien la nueva legislación pretendía tutelar la posición profesional y personal del Fiscal Sustituto, el nuevo texto del art. 70 no supone modificación en lo que respecta a los principios que han de inspirar a los órganos del MP: unidad, indivisibilidad e impersonalidad. Estas características requieren por su parte, un cierto orden jerárquico que, a través del poder-deber de coordinación y la dirección del fiscal jefe, pueda derivar en una conducta armónica y unitaria. Bajo esta consideración la Corte estableció que el fiscal jefe, «sí tiene el derecho, siempre que lo considere oportuno, de solicitar al sustituto por él designado que le mantenga al corriente del desarrollo del proceso y a ser previamente informado de los procedimientos a adoptar en relación a la causa atribuida al mismo. El comportamiento del sustituto que conscientemente se sustraiga de tales directivas puede constituir una fuente de responsabilidad disciplinar»⁴⁷⁸.

Pues bien, en el juicio de reenvío, de nuevo ante la Sección disciplinar, el CSM, dispuesto a defender a toda costa la esfera de autonomía del Fiscal Sustituto, aceptó la interpretación de la Corte, como no podía ser de otra manera; no obstante hizo uso precisamente del último matiz que introduce la sentencia transcrita, para absolver al Fiscal Sustituto bajo el criterio de que el sustituto no habría querido incumplir «conscientemente» las directivas de su fiscal jefe⁴⁷⁹. A raíz de este hecho, el Fiscal General de la Corte de Casa-

477. CSM, «St sezione disciplinare de 10 de mayo 1991», *Riv. Foro it.*, 1993, vol. I, pg. 2600. Se ha señalado, que el CSM por tanto tiene capacidad para anular los procedimientos de organización en el seno de las fiscalías –DEVOTO, M., «Profili costituzionali del potere giudiziario, tra crisi della presidenza del Csm e riforma delle istituzioni», *Riv. Diritto e società*, núm. 2, 1994–. A nuestro juicio, coincidimos con ZANON, N. en que se trataría de nuevo de poderes auto atribuidos por el CSM sin ninguna base jurídica. Ni siquiera es una potestad que tenga sobre la magistratura decisoria.

478. «St. Corte di Cassazione; sezione unita civile; núm. 12339, 18 de noviembre 1992». También en *Riv. Foro it.*, Vol. I, 1993, pg. 2598.

479. *Ibidem*, pg. 2599.

ción, en la Memoria anual sobre el estado de la justicia del año 1993, insistió en la imprescindible necesidad de asegurar la unidad y coordinación dentro de los órganos de la fiscalía, y hubo de rechazar expresamente y de plano el cargado clima de sospecha que existía sobre los fiscales jefes. Tampoco prescindió de señalar la nula observancia que hizo el CSM de la sentencia⁴⁸⁰.

En segundo lugar, el CSM lleva años intentando predeterminar los criterios para el reparto de asuntos también en el ámbito interno de la fiscalía, y con más intensidad desde principios de los años 90⁴⁸¹. A ello le ha ayudado recientemente la legislación. El Decreto Legislativo 51/1998, en su artículo 6, introducía una nueva modificación del art. 7 ter. Del RD de 1941, en concreto su apartado 3 establece lo siguiente:

«El Consejo superior de la magistratura determina los criterios generales de la organización de los órganos del ministerio público y de la eventual distribución de éstos en grupos de trabajo».

Esta disposición, de fácil interpretación si se entiende como atenuación de la distinción entre la judicatura y el Ministerio Fiscal en lo que se refiere a la cuestión del reparto de asuntos, parece ser consecuencia de una concreta intención: la de legitimar aquellas circulares mediante las que el CSM –aún sin cobertura legal y, por tanto, contraviniendo la reserva de ley del art. 108.1 CI, especialmente a partir del nuevo c.p.p.– ha solicitado expresamente a los fiscales jefes la comunicación de los criterios de organización acordados así como la de parámetros predeterminados y objetivos que deben ser adoptados en el reparto de asuntos⁴⁸². Por ejemplo, en la circular de 16 de diciembre

480. Foro it. Vol. I, 1994, pg. 576. También se hace eco del suceso de manera breve en ZANON, N., *Pubblico...*, *op. cit.*, pgs. 33-36.

481. La circular 11611 de 1993, solicitaba a los fiscales jefes un cuadro análogo al de la judicatura donde se indicara con precisión «la composición de personal del órgano, indicando las eventuales vacaciones y una exposición de los criterios predeterminados y objetivos de organización del órgano y del reparto de asuntos». En ROMBOLI, R. y PANIZZA, S., «Ordinamento Giudiziario», *Voz Digesto disc. pubbl.*, vol. X, Turín, 1995, pg. 408 y nota 214.

482. MONACO, G., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 380. El último inciso del artículo hace referencia a la posterior regulación del art. 110 RD 1941, por el que los fiscales son adscritos temporalmente a un determinado órgano para ejercer funciones concretas en causas especiales. Su regulación es análoga a la de la judicatura para los mismos supuestos. Para ambos, judicatura y Ministerio Fiscal, es el CSM el que determina los criterios de adscripción. También en este artículo suele apoyarse el CSM «en su orientación expresa de tendencia hacia la personalización de las funciones requeridas», a través de sus circulares. GUSTAPANE, A., «Giudice e pubblico ministero nel giusto processo», *Riv. Diritto e società*, 2001, pg. 59, autor para quien de todas formas el art. 107.4 CI permite al legislador «prever en la organización del MP formas no acentuadas de jerarquía; y no obstante referidas exclusivamente a la organización interna del órgano». Dicho autor considera más complicada la cuestión de la jerarquía entre fiscalías. pgs. 60 y ss. A juicio de alguna doctrina, la realidad es que este precepto no se aplica, en parte gracias a la actitud del CSM. Después de distribuirse los asuntos de forma «automática» por mediación de las denuncias de agentes exter-

de 1999 para el bienio 2000-2001, se establece que el CSM podrá solicitar a los fiscales jefes que tiendan a reservarse determinados asuntos, explicitando el motivo y las razones bajo las cuales se justifica la derogación de los criterios en el reparto de asuntos. Al mismo tiempo, se advierte que el fiscal jefe no podrá alegar ante el CSM parámetros genéricos de reparto equitativo o que dependan de su propia discrecionalidad, ni tampoco que las concretas designaciones tengan una función meramente ejecutiva. Estos criterios se repitieron en la circular del 21 de diciembre de 2001 para el bienio 2002-2003 y en la Resolución del 12 de julio de 2007⁴⁸³. Es más, como ya hemos señalado, a pesar de que posteriormente el DL n. 206 –ya citado varias veces– derogó el art. 7 ter, en la Resolución del 12 de julio de 2007, el CSM volvió a resaltar la capacidad de Consejo para intervenir y valorar la actividad organizadora del Fiscal de la República sobre la base de «un juicio sobre la actitud para ejercer un cargo directivo o más en general, sobre una valoración de la profesionalidad, y más aún, puede el Consejo apreciar la disposición organizativa a la luz de los arts. 97 y 111 de la Constitución, observando los efectos que el proyecto organizativo puede desplegar». Y de nuevo, si bien no le quedó más remedio al Consejo que reconocer que las recientes reformas establecen que la determinación de los criterios de organización «son una prerrogativa del Fiscal de la República», insistió en que éstos deben basarse sobre todo en un análisis objetivo del flujo de delitos y causas que conoce la fiscalía⁴⁸⁴.

A pesar de ello, parte de la doctrina, con la que nos alineamos, advierte acerca de sobre valoración de toda esta nueva regulación señalando que «se limita a prever la oportunidad de que los poderes organizativos del titular del órgano sean ejercidos de manera responsable y no arbitraria»⁴⁸⁵. Se recuerda

nos, parece incluso aceptarse como legítimo que cada Fiscal disponga de la policía judicial con el fin de acceder a la *notitia criminis* y posteriormente adoptar todo tipo de decisiones al respecto. Decisiones sobre las que ni en el caso extremo de que finalmente las acusaciones resulten del todo infundadas, ejercerá el Fiscal Sustituto ninguna responsabilidad. DI FEDERICO, «L'indipendenza...», *op. cit.*, pg. 236.

483. Estas circulares se pueden consultar en las revistas *Questione di Giustizia*, 2000, pgs. 721 y ss.; y *Diritto penale e processo*, 2002, pgs. 441 y ss. respectivamente.

484. «*Disposizioni in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero a seguito dell'entrata in vigore del D.L.vo 20 febbraio 2006 n. 106*»; pg. 10. Las competencias de los Fiscales de la República en materia de organización se reconocieron en las Leyes 150/2005 y 250/2005 de 25 de julio de 2005.

485. MONACO, G., *Pubblico...*, *op. cit.*, pg. 380. Sobre la actividad del CSM en la organización de la Fiscalía a través de las citadas circulares: DIOTALLEVI, G., «L'organizzazione degli uffici del pubblico ministero. Nuovi criteri di interpretazione dell'art 70 ordinamento giudiziario o coerente rivisitazione della disciplina esistente», *Riv. Quest. Giust.*, núm. 4, 2000, pgs. 721-728. El autor sostiene la misma interpretación, siendo las circulares son compatibles con la regulación del art. 70 únicamente en el caso de que sean interpretadas como un control sobre un posible ejercicio arbitrario de sus atribuciones por parte de los fiscales jefes. En ningún caso pueden interpretarse como una obligación de reparto automático de los asuntos; y la intervención del CSM debe limitarse a los casos de conflicto entre el titular y el sustituto.

además, en primer lugar, la aplicación del art. 97 como criterio fundamental –buen funcionamiento e imparcialidad– de la organización en la fase previa a la audiencia. Y en segundo lugar, sobre la irrenunciable capacidad del fiscal jefe para conocer de todos los asuntos y designar a los sustitutos. El art. 70.5 (RD 1941) establece que ante una *notitia criminis* no corresponde al sustituto decidir de forma autónoma sobre la puesta en marcha del proceso, sino que debe dar traslado de la misma al titular del órgano, el cual podrá decidir designar a uno o más sustitutos, o bien proceder personalmente⁴⁸⁶.

Una propuesta que, a nuestro juicio, equilibra adecuadamente la autonomía del Fiscal Sustituto con los poderes de organización y dirección del fiscal jefe, es la sugerida por AMATO. Según este autor, la regla general según la cual el sustituto designado es libre de actuar en relación al procedimiento, adoptando en el curso de las indagaciones preliminares todas las iniciativas que se requieran, encuentra sus límites en tres supuestos:

a) En el supuesto de que el fiscal jefe haya adoptado determinadas directivas de orden general, debe consentirse al fiscal jefe acordar, a través de circulares internas o de algún otro instrumento de comunicación, una disciplina general en la que se determine el tipo de actos que deben realizarse sólo después de haber sido consultados o cuenten con la aprobación de dicha autoridad.

b) En el supuesto de que el fiscal jefe haya solicitado permanecer informado del desarrollo de las indagaciones preliminares, los actos del sustituto serían de este modo revisables.

c) Ante la eventualidad de que los actos del sustituto no estén en línea con el principio general de buen funcionamiento e imparcialidad de la actividad del órgano, las facultades de dirección y organización quedarían vacías de contenido si no se permite algún espacio de intervención del fiscal jefe en relación a actos concretos del sustituto que vulneren los criterios de corrección y de eficacia de las indagaciones preliminares, así como con la «unidad de dirección» conjunta de toda la actividad del órgano.

El poder-deber de actuar del fiscal jefe además de ejercerse en los supuestos anteriores, debe activarse siempre que sea necesario en interés del

486. *Ibidem*, pg. 381. Art. 70.5 r.d. 1941: «*Todo magistrado adscrito a una fiscalía de la república que, fuera del ejercicio de sus funciones, tenga conocimiento de hechos que puedan determinar el inicio de la acción penal o de indagaciones preliminares, se lo comunicará por escrito al titular del órgano. Estos, cuando no subsistan los presupuestos para la solicitud de archivo y no pretendan actuar personalmente, proceden a designar a uno o más magistrados del órgano para el tratamiento del asunto*». Se entiende que los magistrados sustitutos se encuentran «fuera del ejercicio de sus funciones» siempre que no hayan sido expresamente designados.

órgano. Esta intervención del fiscal jefe puede hacerse a través de directivas que lleven a la realización o a la dejación de determinados actos de indagación; y puede finalizar con la revocación de la primera designación que, en todo caso, deberá ser motivada. En estos tres supuestos, en caso de disenso entre el fiscal jefe y el sustituto, obviamente deberá prevalecer la opinión del primero; pero en tal supuesto de discrepancia, al segundo no puede negársele la facultad de solicitar la revocación de su propia designación⁴⁸⁷.

III. LA COMPLEJA DEFINICIÓN DEL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL

1. EL ORIGEN DEL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DEL MINISTERIO FISCAL EN ESPAÑA

Ya hemos tenido la ocasión de comentar que la Constitución Española, en algunos aspectos relativos a la regulación de la Justicia, se encuentra a medio camino entre las constituciones holandesa e italiana. Pues bien, la configuración del Ministerio Fiscal es una de ellas. La Constitución holandesa, como ya se ha hecho notar, guarda absoluto silencio sobre la institución del Ministerio Público⁴⁸⁸, mientras que la Constitución italiana asimila el Ministerio Fiscal a la judicatura, regulando extensamente las garantías de una magistratura que comprende la función jurisdiccional y la función requirente.

Es cierto que la regulación constitucional española o más bien el constituyente, ha sido –no sin razón– acusado de pretender una «falta de definición del modelo de Ministerio Fiscal», o por utilizar otros términos, o de una indeterminación acerca de la «estructura esencial del instituto» de forma premeditada⁴⁸⁹. Pero no es menos cierto que, al menos, la institución se establece de modo independiente y de forma más o menos detallada, dotando al Ministerio Fiscal de relevancia constitucional indudable al garantizar su existencia, sus rasgos básicos y sus funciones determinantes. La garantía institucional del Ministerio Fiscal español es por tanto de rango constitucio-

487. AMATO, G., «I rapporti tra il procuratore della Repubblica e i sostituti», *Riv. Documenti Giustizia*, núm. 6, 1998, pgs. 994 y ss.

488. Lo que en realidad, a nivel comparado, no es tan extraño: la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución de la V República francesa tampoco contienen ninguna referencia expresa.

489. Es la opinión de MARCHENA, Manuel, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, 1992, pg. 101. El autor responsabiliza a esta carencia a «una redacción [art. 124] que evidencia contradicciones con origen en la yuxtaposición de funciones que por sí solas, eran más propias de modelos jurídicos que, sin embargo, no se instauran».

nal⁴⁹⁰. Una garantía regulada, no obstante, a través de normas constitucionales de estructura tan abierta que precisan de elementos interpretativos adicionales, pues el texto constitucional no consigue, zanjar la discusión doctrinal en torno a la verdadera naturaleza del Ministerio Fiscal en la estructura del Estado y el papel que le corresponde en el proceso penal⁴⁹¹.

La CE menciona en varias ocasiones al Ministerio Fiscal⁴⁹². Y es en su artículo 124, donde aborda su definición en positivo, estableciendo sus funciones, principios de actuación, desarrollo legislativo, vértice de la institución y principios orgánicos:

«1. El Ministerio Fiscal sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial».

490. DÍEZ-PICAZO L. M., *Régimen consitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pg. 157. La garantía institucional del MP se recoge evidentemente en el art. 124 CE. No es de rango constitucional la garantía del Public Prosecutors Department holandés. Aunque, como tendremos ocasión de analizar, puede considerarse que la institución pertenece al «bloque de constitucionalidad» del basic law. Lo que no deja de ser una garantía cualificada con respecto a la mera ley ordinaria. Evidentemente la importancia del rango constitucional radica en la indisponibilidad para el legislador del contenido constitucional, limitación por otro lado, de dudosa existencia en Holanda a tenor de su marco constitucional y de su carácter poco racional-normativo, ya analizado.

491. MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 110.

492. La primera mención se encuentra en el art. 76, que pone en relación al Ministerio Fiscal con las Comisiones de investigación parlamentarias, las cuales habrán de informar al primero de los resultados de sus investigaciones para que se puedan emprender acciones judiciales basadas en las mismas. El art. 126 por su parte, atribuye a la policía judicial una tímida dependencia del Ministerio Fiscal. La tercera mención establece la prohibición de los fiscales, compartida con jueces y magistrados, de desempeñar cargos públicos y pertenecer a partidos políticos. Su derecho de asociación, no necesariamente asimilado al de la judicatura, deberá ser regulado por ley. El art. 159.2 establece la posibilidad de que los fiscales puedan ser nombrados magistrados del TC. Y por último, el art. 162.1 b), reconoce la legitimidad de Ministerio Fiscal para presentar un recurso de amparo ante el TC, siguiendo la «nueva tradición» típica española de configurar al Ministerio Fiscal como algo más que un mero acusador público y atribuyéndole intervención procesal siempre que están en juego derechos de los ciudadanos o intereses *supra* individuales.

Este complejo precepto que define un Ministerio Fiscal plurifuncional, ha dado lugar a tan diversas y múltiples interpretaciones que puede producir la impresión de que más que establecer su naturaleza, podría afirmarse que lo «desnaturaliza». Tradicionalmente, el Ministerio Fiscal español estuvo siempre ligado al Ejecutivo: la ley de 1870 sobre Organización del Poder Judicial en su art. 763 lo definía como el «*órgano de representación del Gobierno ante los Tribunales*» y, a su vez, la Ley Orgánica del Estado de 1967 lo califica como el «*órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia*». No cabe duda de que una de las pretensiones más claras y sostenidas en el debate constituyente fue precisamente la de alejar al Ministerio Público de sus influencias políticas. Loable pretensión que, sin embargo, estuvo en general acompañada de una condición no necesaria: su pertenencia al poder judicial y su consideración de magistratura «especial», o alternativamente, con la finalidad de preservar su total independencia, muy al modo italiano.

La discusión producida ha sido desde luego compleja. A dichos efectos, analicemos en primer lugar los argumentos que cabe extraer de los debates constitucionales realizados sobre el art. 124 de la CE, indagando acerca de las interpretaciones y motivaciones que dieron lugar a la redacción del citado precepto y que cabe concluir, al menos, a partir de dicha metodología.

1.1. El debate constituyente

La Constitución española fue el resultado del trabajo de las Cámaras legislativas elegidas en las primeras elecciones libres y democráticas en España, desde la II República⁴⁹³. Las elecciones se celebraron el 17 de junio de 1977 y sus resultados conformaron las que –a partir de entonces– se conocerán como las Cortes Constituyentes. La victoria fue para la Unión de Centro Democrático (UCD), partido que lideraba Adolfo Suárez.

El Congreso de los Diputados así constituido aprobó el 17 de octubre de 1977 un Reglamento provisional para su funcionamiento, en el que se preveía el procedimiento especial para la elaboración de la Constitución. Su principal característica fue el establecimiento y designación de una Comisión especial (26 de julio de 1977) –posteriormente denominada Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades públicas– con representación de todos

493. Las elecciones se habían celebrado en virtud de una previsión contenida en la Ley para la Reforma Política –Disposición Transitoria primera– del último gobierno no democrático, presidido por D. Adolfo Suárez. Esta ley, a su vez, preveía la redacción de una Constitución democrática. Ésta es, sin duda, una de las características fundamentales de la transición española: el paso o el tránsito a la democracia, desde la legalidad anteriormente vigente.

los grupos parlamentarios. Esta misma Comisión eligió una Ponencia de entre sus miembros, a la que se le encargó la redacción del Anteproyecto de la Constitución Española⁴⁹⁴.

El 5 de enero de 1978 el Boletín Oficial de las Cortes publicaba el Anteproyecto de la Constitución, resultante de los trabajos de la Ponencia.

El art. 114 del Anteproyecto fue el que correspondió al Ministerio Fiscal y es el origen del actual art. 124 de la Constitución Española (CE). Venía redactado en los siguientes términos:

«Artículo 114.

1. El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por la ley, de oficio o a petición de los interesados; velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal es también el órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la Administración de Justicia, ejerciendo sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. El Ministerio Fiscal se regirá por su Estatuto orgánico.

4. El nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo se hará en la forma establecida para el presidente de dicho Tribunal».

En este primer trámite de la redacción constitucional no estaba habilitada la introducción de enmiendas, pero sí se les permitió a los ponentes la introducción de un voto particular, sin motivación que, en teoría, debía suponer el punto de partida de la posición de los grupos parlamentarios representados en la Ponencia —que no eran todas las formaciones que habían obtenido representación parlamentaria— dado el reducido número de sus miembros. Estos votos particulares consistían, por tanto, en meros textos alternativos a los acordados en el Anteproyecto. Así se hizo para todos los artículos constitucionales. En este sentido, los votos particulares presentados al art. 114 fueron los cuatro siguientes:

494. Ponencia constitucional responsable del Anteproyecto de la CE, elegida en la sesión de la Comisión Constitucional del 1 de agosto de 1977, tan mencionada en la literatura jurídica y cuyos miembros son de sobra recordados —y que adoptando una terminología americana—, han pasado a denominarse «padres de la Constitución»: D. Miguel Herrero de Miñón, D. José Pedro Pérez Llorca y D. Gabriel Cisneros, todos ellos pertenecientes a la UCD; D. Gregorio Peces-Barba Martínez, diputado del PSOE; D. Manuel Fraga Iribarne, diputado de Alianza Popular (partido de derecha tradicional y base del actual Partido Popular, cuyo presidente sigue siendo el propio Manuel Fraga); D. Miguel Roca Junyent, representando a la Minoría Catalana (MC) —que no representaba a un único partido político— y D. Jordi Solé Tura, perteneciente al Partido Comunista de España (PCE).

- Primero, el presentado por el diputado D. Jordi Solé Tura, como representante del PCE, que propuso el siguiente texto alternativo al apartado 2:

«El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad».

Se suprime por tanto la mención al Ministerio Fiscal como *«órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la administración de justicia»*.

- Segundo y Tercero, que los diputados Roca Junyent (Minoría Catalana) y Peces-Barba (PSOE) presentaron, en sendos votos particulares, reproduciendo exactamente el mismo texto propuesto por el diputado del PCE.
- Cuarto, el presentado por los diputados de la UCD, que proponían la supresión del apartado 4 del citado artículo.

Respecto de la redacción de los anteriores votos particulares, se ha criticado en alguna ocasión su falta de motivación, requisito que hubiera resultado útil y conveniente para comprender el alcance de las posiciones de los grupos⁴⁹⁵. Se trata, a nuestro juicio de una pretensión precipitada. Los textos alternativos son, en ocasiones, mucho mejor criterio para medir las pretensiones legislativas que las argumentaciones dogmáticas, siempre reinterpretables. Quedaba tiempo y trámites mucho más adecuados para fijar una posición parlamentaria más definida; además, no por ello se garantizaba una mayor coherencia en los trámites posteriores, como enseguida se comprobará. En cualquier caso, a pesar de que las enmiendas posteriores no fueran del todo coherentes con los votos particulares –argumento en ocasiones utilizado para justificar la pertinencia de la motivación– estas propuestas muestran de manera clara, cuanto menos, que inicialmente las pretensiones de los constituyentes oscilaban entre un modelo de Ministerio Fiscal independiente y asociado al poder judicial y la configuración de una institución situada en la esfera del ejecutivo: dos modelos ciertamente contrapuestos.

Y en segundo lugar, marcan la futura tendencia fundamental que acompañaría al posicionamiento de cada grupo parlamentario a través de sus enmiendas. A nadie debe escapársele que el texto de los votos particulares del PCE, PSOE y Minoría Catalana conforman básicamente el actual texto constitucional. No cabe duda de que la supresión del Ministerio Fiscal como órgano de relación entre el Ejecutivo y los Tribunales, junto al mantenimiento

495. FLORES PRADA, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pg. 225.

del nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo por el CGPJ, significaba optar por un modelo de Ministerio Fiscal asociado a la judicatura, con sus mismas garantías y con presencia y participación activa en su propio órgano de gobierno. La postura de la UCD, al querer eliminar el apartado 4 anteriormente transcrito y mantener el apartado 2 del Anteproyecto con la misma redacción, suponía exactamente lo contrario: la opción por un Ministerio Fiscal decantado hacia el poder ejecutivo, con ciertas fórmulas de injerencia y responsabilidad gubernamental en el seno de la institución.

Lo cierto es que ya los votos particulares ponen de manifiesto la contradicción inserta en el artículo. Incoherencia de la que no conseguiría librarse, ni la redacción del artículo, ni por tanto la configuración definitiva del Ministerio Fiscal español, que tan sólo ha sido reinterpretada –por cierto una y otra vez– en todas direcciones. Y así, el Ministerio Fiscal español, ha venido a incorporar dos concepciones contrapuestas sobre su naturaleza, desde el propio anteproyecto constitucional.

1.1.1. El Informe y el texto de la Ponencia constitucional

Si nos centramos en el trámite parlamentario y la apertura del procedimiento referido a la presentación de enmiendas referidas al art. 114 del Anteproyecto, es posible observar las argumentaciones que motivan o justifican las correspondientes posiciones de los distintos grupos parlamentarios mantenidas al respecto. Cabe precisar que no existen, por otra parte, actas publicadas sobre los trabajos de la Ponencia constitucional y que será en el citado Informe de la Ponencia parlamentaria, donde se recojan las siguientes enmiendas:

Al párrafo primero del citado artículo, le afectaron fundamentalmente las enmiendas 779 de UCD, 552 del Grupo Mixto y 441 (recogida parcialmente) del PSOE⁴⁹⁶.

496. Los textos de las enmiendas y sus motivaciones son los siguientes:
EE. Núm. 441, GP Socialista del Congreso. pg. 309. TEXTO: Art. 114.1. «El MF tiene por misión, de oficio o a petición de los interesados, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por la ley y velar por la protección de los derechos y libertades fundamentales». MOTIVACION: «Si no parece propio del Ministerio Fiscal, ya que no forma parte del PJ, velar por la independencia de los Tribunales, así como tampoco tutelar intereses sociales que no sean los protegidos por la ley, sí es muy conveniente hacer expresa su misión de velar por los derechos fundamentales». EE. Núm. 552 (Morodo Leoncio) Grupo Mixto. pg. 347-348. TEXTO: «Al art. 114.1. suprimir la expresión "tiene por misión promover" y sustituir por "promueve". Suprimir el párrafo "velar por la independencia de los tribunales y procurar antes estos la satisfacción del interés social" y sustituirlo por "... y defiende los derechos de los ciudadanos, reconocidos en la Constitución, sin perjuicio de las competencias que corresponden al Comisionado Parlamentario". Al art. 114.4, intercalar entre "Tribunal Supremo" y "se hará" la expresión "... que se renovará cada cinco años"». MOTIVACIÓN: «Por cuanto a nuestra enmienda al ap. 1 entendemos que deben obviarse expresiones como la de

Debido a la redacción de la dos primeras enmiendas citadas, se añadió al precepto la expresión «sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos». Desde luego resultaba evidente para los ponentes que un órgano encargado de una función tan genérica y amplia como la de «*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses públicos*» podía tener funciones concurrentes con otros órganos. En concreto, con el Defensor del Pueblo y los Abogados del Estado. Más aún, cuando se incorporaba también, como consecuencia de la aceptación de la propuesta del PSOE y del GP Mixto, la mención a la «defensa de los derechos de los ciudadanos» como misión del Ministerio Fiscal, al tiempo que se rechazaba la expresión de «velar por la protección de los derechos y libertades fundamentales» por considerar que dicha función «corresponde más concretamente al Defensor del Pueblo»⁴⁹⁷.

La enmienda fue posteriormente suprimida en el trámite de la Comisión Constitucional del Senado, para evitar precisamente la limitación de las funciones del Ministerio Fiscal con respecto al Defensor del Pueblo. No obstante, fue de nuevo reintroducida en la Comisión Mixta final para dejar a salvo las funciones de los Abogados del Estado. La consecuencia fundamental de estos incisos ha sido sin duda la legitimación concurrente del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo para interponer un recurso de amparo.

"tiene por misión", escasamente afortunada y en cualquier caso innecesaria. Por otra parte, y en lo referido al ap. 4, siendo coherentes con nuestra enmienda al art. 113.2 del Anteproyecto, estimamos que el nombramiento del Fiscal del TS debe ser por un tiempo determinado». EE. Núm. 779, Unión de Centro Democrático. pg. 497. TEXTO: «1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por la ley, de oficio o a petición de los interesados, velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social. 2. El MF es también el órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la Admón. de Justicia, ejerciendo sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 3. El MF se regirá por su Estatuto orgánico, que se aprobará por ley». Todas ellas pueden encontrarse en: «*Constitución española. Trabajos Parlamentarios*» Vols. I-IV. Publicaciones de las Cortes Generales. Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General del Congreso de los Diputados. Gabinete de Publicaciones. Serie I. Trabajos Parlamentarios. Núm. 1. Constitución Española.

497. BOC núm. 82, de 17 de abril de 1978; pg. 1587, donde se recoge el Informe de la Ponencia. El texto de la EE. 441 elimina por tanto la misión de «velar por la independencia de los Tribunales», por considerarla una materia, esta sí, impropia del Ministerio Fiscal al no pertenecer al Poder Judicial; así como «*procurar* ante estos la satisfacción del interés social», por entender que éstos deberían ser coincidentes con los ya protegidos por la ley. A nuestro modo de ver, esta enmienda daba un contenido a la legalidad que debía defender el Ministerio Fiscal aún más próximo a la figura de un *amicus curiae* que el texto que se pretendía enmendar; eliminando además un elemento procesal esencial de la legalidad propia que debe defender un acusador público: la independencia del Tribunal encargado de juzgar. Y ello precisamente, desde su posición independiente del Poder Judicial.

Y por supuesto, la legitimación del Ministerio Fiscal en el procedimiento contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales. No cabe duda de que la inclusión «de los derechos de los ciudadanos» supone conectar el principio de la «defensa de la legalidad» con una característica que configura al Ministerio Fiscal como algo más que un acusador público y que, consecuentemente, abre la puerta constitucional hacia una cierta tendencia legislativa, constante en nuestro sistema a lo largo de estos años, de dotar a los fiscales con capacidades que se atribuyen a un verdadero *amicus curiae* como así cabe calificar a muchas de sus funciones no penales.

Supone, de hecho, una modificación significativa de lo que han sido las funciones tradicionales del Ministerio Fiscal español, aunque el Estatuto de 1926 ya preveía la función de investigar con la mayor diligencia las detenciones arbitrarias efectuadas, y promover su castigo⁴⁹⁸. Se crea, a partir de la redacción original –y refrendada por el sentido de las enmiendas presentadas– un sistema que instaure como prioritarios, dentro de la «legalidad», los principios que proclaman los derechos y libertades de los ciudadanos. Como ha subrayado la doctrina el Ministerio Fiscal, además, «aparece a lo largo de todo el texto constitucional como el único órgano al que se le asigna esta específica tarea»⁴⁹⁹. Y así, es cierto que durante al menos una parte del debate constituyente se planteó una mayor capacidad de acción ante los Tribunales para el Defensor del Pueblo, siendo después rechazada esa posibilidad y limitando su acción al recurso de amparo constitucional (art. 162.1 CE)⁵⁰⁰. Más adelante, cuando analicemos en profundidad el contenido y la orientación de las funciones del Ministerio Fiscal español, tendremos ocasión de retomar esta cuestión, identificando un contenido más específico de la «legalidad» que, en nuestra opinión, debe defender el Ministerio Fiscal.

Cabe resaltar la sorpresa de que ninguna enmienda tuviera como plan-

498. GARRIDO FALLA, F. (coord.) *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1985, pg. 1801.

499. GARRIDO CALERO, F., «El Ministerio Fiscal y su defensa de la legalidad», *Estudios del Ministerio Fiscal*, Vol. II, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pg. 873.

500. Cabe asimismo hacer notar que es cierto que, durante al menos una parte del debate constituyente, se planteó una mayor capacidad de acción ante los Tribunales para el Defensor del Pueblo, siendo después rechazada esa posibilidad y limitando su acción al recurso de amparo constitucional (art. 162.1 CE). En este sentido la doctrina subraya que «en la misma medida en que se recortan las facultades al Defensor del Pueblo se consolidan las conferidas al Ministerio Fiscal puesto que solamente éste podrá actuar la defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas a que se contrae el art. 53.2». «Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal», MARTÍNEZ DALMAU, R. Tirant lo Blanch, Valencia 1999 pg. 170. Precisamente, la redacción del Anteproyecto establecía que el Defensor del Pueblo «*en todo caso, podrá ejercer las acciones a las que se refiere el apartado dos del artículo anterior*», siendo este apartado 2 el actual 53.2, referido a la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, y que redujo el «en todo caso» al amparo constitucional, dejando fuera otros procedimientos, como puede ser el de la LO 62/1978, referida al Defensor del Pueblo.

teamiento la pretensión de configurar más claramente al Ministerio Fiscal como lo que siempre ha sido, un acusador público. Como afirma Díez-PICAZO, se plantea la paradoja de que «resulta dudoso que el art. 124 de la Constitución exija que la función de acusador público deba necesariamente estar encomendada a dicha institución. Un imperativo constitucional de esta índole sólo podría fundarse, habida cuenta de la vaguedad del art. 124 de la Constitución, en una interpretación de este último en clave exclusivamente histórica, es decir, ceñida al significado tradicional del Ministerio Fiscal»⁵⁰¹. Desde luego la redacción del art. 124 de la CE se aleja de la nitidez de la Constitución italiana cuando determina la función de acusador público atribuida al Ministerio Público, «*El Ministerio Público tiene la obligación de ejercer la acción penal*» (art. 112 CI).

Una opinión personal que nos atrevemos a aventurar aquí, es que esta configuración constitucional que hace prevalecer la figura de un Ministerio Fiscal protector de los derechos de los ciudadanos por encima de su carácter de acusador público, responde principalmente a la necesidad de marcar una cierta distancia con el régimen anterior. Es decir, es evidente que la CE de 1978 en su integridad así lo hace, de eso no cabe duda a la vista del Estado de Derecho que se consagra a partir del texto constitucional⁵⁰², pero en cuanto a lo que afecta al Ministerio Fiscal puede apreciarse que, como institución perteneciente al aparato criminal y por tanto «represor» del Estado, se percibe una voluntad clara de dotarle de una nueva orientación que estimule la visión de dicha institución como un instrumento, precisamente, de defensa del nuevo Estado de Derecho que se pretende consolidar, junto a los derechos de los ciudadanos, con prioridad a su función de promotor de la pérdida o limitación de los mismos⁵⁰³. Muy al modo de la reacción italiana, que fue la de dotar al Ministerio Público de las garantías de independencia de los jueces.

501. Díez-PICAZO, L. M., *El poder de...*, op. cit., pg. 165. O en otros términos: «no se ha hecho una mención específica, a lo que constituye su misión primordial en la actualidad, el ejercicio de la acción para la persecución y condena de los delitos». «El derecho procesal en la nueva Constitución», *Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, octubre-diciembre 1978, pg. 866.

502. Claramente delimitado por los principios que establece el art. 9 de la CE, no sólo su apartado 1, sino el contenido de los apartados 2 y 3 de este mismo artículo, que impregnan todo el texto constitucional y que hacen del Estado de Derecho español, un Estado fundamentado en un fuerte principio de legalidad, considerado en un sentido muy amplio, propio de los Estados que reaccionan ante regímenes totalitarios, poco asentados y firmes en la democracia. Sucede en España, sucede en Italia, pero no es así en Holanda.

503. Como no podía ser de otra manera, son de hecho los partidos cercanos al régimen franquista, UCD, pero sobre todo Alianza Popular, los que defienden, como veremos inmediatamente, un Ministerio Fiscal más tradicional, próximo al Ejecutivo y sin duda más cercano a la figura del acusador público característica del Ministerio Fiscal. En realidad, la primera enmienda presentada por AP, la EE. 2, presentada por el Sr. Carro Martínez, proponía no dotar a la institución de la «rigidez» constitucional.

Pero he aquí una de las contradicciones, en este caso funcional, del Ministerio Fiscal español, que plantea la cuestión de una figura que, al mismo tiempo, se pretende como defensor desapasionado de la legalidad, del interés público y de los derechos de los ciudadanos y que actúe en calidad de acusador público, parte en el proceso penal donde debe sostener su pretensión punitiva.

Respecto al párrafo segundo del artículo constitucional ya comentado, el texto no recogió ninguna de las enmiendas propuestas. Consiguió mantenerse intacto, si bien sólo hasta el siguiente trámite, gracias a los votos de UCD y AP. No obstante, se registraron muchas enmiendas, todas ellas en un mismo sentido. Se trataba de suprimir su punto más conflictivo: «El Ministerio Fiscal es también el órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la Administración de Justicia».

Esta pretensión provenía, como cabe suponer, de aquellos grupos parlamentarios que, de conformidad con sus votos particulares, defendían de manera clara la independencia del Ministerio Fiscal. No se registró un gran debate, que quedó pospuesto al trámite en Comisión, que analizaremos seguidamente⁵⁰⁴.

La gran novedad proviene de las enmiendas 297 y 442, de texto idéntico, que proponen que: «El Ministerio Fiscal es también el órgano de relación entre las Cortes y el Gobierno con los Tribunales, ejerciendo sus funciones por medio de órganos propios y conforme a los principios de unidad de actuación y de legalidad e imparcialidad». La motivación de la enmienda, escasamente ilustrativa, fue la siguiente: «Por un lado es preciso establecer que el Ministerio Fiscal es también órgano de relación entre las Cortes y los

504. Las enmiendas rechazadas y mantenidas para el trámite en Comisión, fueron la núm. 64 presentada por el diputado Sr. Letamendía Belzunce, núm. 167 del Grupo de Minoría Catalana, núm. 297 del Grupo Socialista de Cataluña, núm. 442 G. Socialista del Congreso y la núm. 695 presentada por el Sr. Solé Barberá (Minoría Catalana) BOC, núm. 82 de 17 de abril de 1978, pgs. 1587 y 1588. En realidad, los textos y las motivaciones eran idénticas o muy parecidas. Las enmiendas 167 de MC y 695 del PCE proponían el texto que actualmente ha quedado recogido en la CE, y las motivaciones eran respectivamente las siguientes: «La teoría y doctrinas modernas no conciben al Ministerio Fiscal como ningún órgano de comunicación o relación entre el Gobierno y los órganos de la Administración de Justicia. En su consecuencia, la aparición de tal circunstancia en un texto como el nuestro, incardinado ya en el respeto a dicha doctrina más reciente en materia de la función judicial, parecería un despropósito que debe enmendarse». Asimismo. «El MF debe abandonar toda dependencia gubernamental para que pueda cumplir su auténtica función de vigilancia del interés público». Ambas en «Constitución española...», *op. cit.*, pgs. 216 y 442. Ciertamente, las razones esgrimidas en primer lugar son más que dudosas. Cierta dependencia gubernamental existía entonces y existe hoy en día en Francia, en Alemania, en Holanda, en Bélgica o Escocia. Y respecto a la segunda de las argumentaciones, es más que discutible que se pueda atribuir la vigilancia del interés público a un órgano independiente, sin responsabilidad política.

Tribunales, una de cuyas manifestaciones fundamentales es la posibilidad de que las Comisiones de Investigación de las Cámaras insten al Ministerio Fiscal a ejercer las oportunas acciones. Por otro lado, debe suprimirse la referencia a la dependencia jerárquica, porque lo que se pretende con ella está comprendido en la unidad de actuación»⁵⁰⁵.

Lo cierto es que, a efectos de la cualificación del Ministerio Fiscal como órgano relación entre las Cortes y los Tribunales, nada aporta la previsión de que las Comisiones de Investigación informen a la Fiscalía sobre los resultados de sus investigaciones. El artículo 76 de la CE referido a las Comisiones de investigación parlamentarias tiene, por otra parte, un sentido radicalmente distinto, al objeto precisamente de separar, distinguir una investigación parlamentaria de una investigación judicial⁵⁰⁶. Y si la Comisión tiene conocimiento de indicios delictivos, debe informar al Ministerio Fiscal, pero no en virtud de una titularidad o relación distinta a la que cualquier ciudadano particular mantiene con la justicia, o la que se refiere a muchos otros órganos, piénsese por ejemplo, en la Agencia Tributaria. A partir de la redacción de esta propuesta, se pretende establecer un falso paralelismo con el contenido de la «relación» entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal, manifestado a través de la competencia del primero de interesar al Fiscal General del Estado sobre determinadas actuaciones, obviando que la competencia del Gobierno responde a su misión en política interior y criminal con respecto a la seguridad, el orden y las actividades delictivas que se producen en el interior del Estado y que no son, en ningún caso, ni tienen relación alguna, con las competencias y ámbito propio de las Comisiones de Investigación.

No obstante, más allá de la «relación» entre las Cortes y el Ministerio Fiscal, la redacción que estamos analizando, ofrecía unas posibilidades interpretativas de alcance relevante y equilibrado.

Hubiera permitido finalmente delimitar, entre otras cuestiones y a través de distintos posibles mecanismos, una relación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal clara, transparente y eficaz –algo irrenunciable a nuestro juicio– y, al mismo tiempo, haber sometido esta relación al más estricto control parlamentario. Posibilitando al ejecutivo el pleno ejercicio de su política criminal y la dirección de la fiscalía en este sentido y como contraste, promover

505. *Constitución española...*, *op. cit.*, pgs. 260 y 309.

506. Y quizá la de establecer la posibilidad de simultanear ambas, promoviéndolo incluso en coordinación con el Ministerio Fiscal. GARRIDO FALLA, Fdo., *Comentarios...*, *op. cit.*, pg. 1178. Sobre las Comisiones de investigación puede verse MASSÓ GARROTE, Marcos, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el derecho constitucional español*, Congreso de los Diputados, D.L. 2001.

la defensa de la autonomía del Fiscal General en sede parlamentaria⁵⁰⁷. Entre dichos mecanismos, uno que se nos antoja imprescindible, sería la posibilidad de que el Fiscal General comparezca ante las Cámaras a petición propia, para informar de lo que estime oportuno, sin pasar por el filtro gubernamental. En contraposición, las Cámaras podrían adoptar mociones de reprobación, acerca de su forma de ejercer el gobierno de la institución, junto a una periodicidad tasada de comparecencias del Ministro de Justicia y del Fiscal del Estado de forma conjunta y separada para informar de asuntos relativos a la política criminal. Se trataría, no tanto de crear una nueva responsabilidad política del Fiscal General, pero sí de dar publicidad a la responsabilidad inherente al ejercicio de su función y así dilucidar el distinto ejercicio de responsabilidad y rendición de cuentas que corresponde al Ministro de Justicia y la atribuible al Fiscal General del Estado⁵⁰⁸.

Las enmiendas al apartado tercero del artículo que venimos comentando fueron tan sólo dos y coincidentes referidas a añadir la reserva de ley para el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁵⁰⁹.

Desde luego, responde a una gran coherencia constitucional española, el hecho de acompañar de una garantía normativa como la reserva de ley, a un órgano al que se le dota de relevancia constitucional con importantes misiones que afectan a los derechos de los ciudadanos⁵¹⁰. Además –aunque el Ministerio Fiscal ya quedaba configurado y definido en sus principios por el propio texto constitucional– la pretensión de separarse, distinguirse del anterior régimen dictatorial, pasaba desde luego por esta reserva de ley y por la indisponibilidad del Ejecutivo en cuanto a una capacidad normativa propia que le permitiera ordenar la institución bajo su propio mandato⁵¹¹.

507. Entre los mecanismos posibles se encuentra la obligación de ratificación del nombramiento y destitución del Fiscal General del Estado por el Congreso de los Diputados. En nuestra opinión, esta ratificación podría realizarse por mayoría simple, no pudiendo por tanto, evitar la decisión del Ejecutivo pero añadiendo la posibilidad de superar la destitución del mismo por parte del Gobierno, si la Cámara le ratifica en su puesto por mayoría absoluta.

508. Si se retoman las tesis de la mayoría de la doctrina referida a la distinción constitucional entre el Poder Judicial y la Administración de Justicia, llama asimismo la atención que no se planteara ninguna enmienda por parte de AP o UCD en el sentido de corregir la relación con «los órganos de la Administración de Justicia» por la expresión «con el Poder Judicial», o con «los Tribunales», como de hecho proponía la enmienda socialista.

509. Son las Enmiendas núms. 443 del Grupo Parlamentario Socialista y 779 de UCD. La primera constituye el actual texto constitucional.

510. Simplemente recordar en este momento, a nivel comparado, que la reserva de ley del Ministerio Público holandés es cuanto más, consuetudinaria, y respecto del sistema italiana, aunque la reserva de ley está prevista constitucionalmente (art. 108 CI), todavía no se ha implementado de manera completa.

511. En todo caso, y a tenor de la motivación de la Enmienda 443 del Grupo Parlamentario Socialista, su redacción estuvo motivada por la necesidad de solventar la posible confusión que pudiera producirse en el uso de los términos «Estatuto orgánico» y

Por último, el apartado cuarto, permaneció también inalterado, superándose la pretensión de la UCD de eliminarlo, a través de la enmienda 779 presentada que, de forma solitaria, votó en contra de su mantenimiento. Siguiendo lo expresado en su Voto particular, la UCD pretendía eliminar un modo de nombramiento que, desde luego, hubiese dotado al Ministerio Fiscal de una naturaleza más estrictamente judicial e independiente del poder ejecutivo⁵¹².

Por su parte, el Grupo Mixto, en su enmienda 552, si bien mantenía el modo de nombramiento del Fiscal General –todavía denominado Fiscal del Tribunal Supremo– proponía la limitación de su mandato. La enmienda, retirada después en el trámite de Comisión, y aún proponiendo una cuestión razonable, devino del todo innecesaria pues es evidente que si su elección pasaba por el CGPJ, el Fiscal General cesaría en sus funciones al tiempo que tuviera que hacerlo el propio Consejo, exactamente igual que lo hace el presidente del Tribunal Supremo, cuyo mandato es precisamente de cinco años (art. 122 CE). No obstante, en aquellos momentos, los arts. 112 y 113 del Anteproyecto que regulaban la jurisdicción del TS y el nombramiento de su Presidente respectivamente, no preveían ningún límite temporal.

Por último, el diputado del PSOE, el Sr. Gregorio Peces-Barba, realizó un voto particular que contenía diversas redacciones alternativas a algunos artículos del Anteproyecto. Este voto, recogido también en el Informe de la Ponencia, incluía una redacción alternativa al artículo referido al Ministerio Fiscal⁵¹³. Era la siguiente:

«1. El Ministerio Fiscal, órgano con funciones autónomas en el ámbito del Poder Judicial, en representación y defensa de los intereses de la sociedad, promueve la acción de la Justicia en observancia de la legalidad y la tutela de los intereses públicos amparados por la ley, de oficio o a instancia de quienes lo soliciten, actúa el interés social, mantiene la independencia de los Tribunales y vela por el respeto de los derechos humanos declarados en la Constitución. El Ministerio Fiscal es además el órgano de relación de las Cortes y el Gobierno con los Tribunales de Justicia.»

la categoría de ley orgánica, y, en ningún caso porque se pensase en algún momento que no procedía dotar al Estatuto del correspondiente rango de ley.

512. Como señala GRANADOS, necesariamente el diputado y ponente Sr. Fraga Iribarne se opuso en esta ocasión a la eliminación del precepto, siendo sin embargo uno de los grandes defensores del modelo ejecutivo del Ministerio Fiscal. Es una muestra más de la propia indefinición que arrastraban los propios constituyentes en este sentido. También en este caso, el debate más interesante se produjo en el trámite de Comisión. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal (Del presente al futuro)*, Tecnos, 1989, pgs. 33 y 34.

513. BOC núm. 82, de 17 de abril de 1978, pgs. 1616 y ss.

2. *El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios sometidos en su actuación a los principios de legalidad e imparcialidad y en lo orgánico a los de unidad y dependencia jerárquica.*

3. *El Ministerio Fiscal se regirá por su Estatuto orgánico aprobado por Ley. Sus miembros tendrán los mismos derechos y deberes que los de la jurisdicción.*

4. *La Jefatura del Ministerio Fiscal de todo el Estado corresponde al Fiscal del Reino, quien será designado por el Gobierno y ratificado por el Congreso de los Diputados en votación secreta, y en todo caso al comienzo de cada legislatura».*

Como puede observarse, en esta propuesta hay un intento de incorporar en el Ministerio Fiscal todos los elementos posibles. Desde luego, se denota una clara pretensión de asegurar la participación de todos los poderes en su configuración. Mejora ostensiblemente, a nuestro juicio, la formulación de las misiones atribuidas al Ministerio Fiscal, estableciendo mucho más claramente su función de acusador público, al mismo que el sometimiento al principio de legalidad queda reducido a lo que debe ser, un principio de actuación, mientras que la «representación y defensa de los intereses de la sociedad» misión general de la institución, queda definida en la función de acusador público y en la obligación «velar por el cumplimiento de los derechos declarados en la Constitución». No se renuncia, por tanto, al establecimiento de esa serie de funciones que configuran al Ministerio Fiscal como un *amicus curiae* y que supone, como ya hemos tenido ocasión de hacer notar, una cierta contradicción funcional en el seno de la institución; pero hay que reconocer que queda mejor definida la heterogénea «legalidad» del Anteproyecto.

1.1.2. El debate en Comisión y su Dictamen

Dada la reorganización de los artículos constitucionales que se produjo en el trámite de Ponencia, el art. 114 referido al Ministerio Fiscal, pasó a ser el art. 116.

En lo que se refiere a su apartado primero, fueron retiradas las enmiendas núm. 2, del Sr. Carro del Grupo Parlamentario de AP, y la 441 del Grupo Parlamentario Socialista, por considerarse subsumidas en el Informe de la Ponencia. Se produjo una sola modificación, mediante la aceptación de la enmienda *in voce* presentada por el diputado Rodríguez-Miranda Gómez, de la UCD, cuyo texto propuso la modificación de la expresión «en defensa... de los intereses públicos tutelados por la ley», por la que actualmente consta en la CE, «en defensa... del interés público tutelado por la ley».

En defensa de la citada enmienda se señaló por el diputado proponente –creemos que acertadamente– que además de ser una corrección de estilo,

la modificación iba más allá de una cuestión «puramente gramatical». Según el citado diputado, la función tradicional del Ministerio Fiscal ha consistido siempre en «la defensa del interés público, que aparece como una categoría suprema dentro de nuestro derecho en general y de todo el ordenamiento jurídico en cuanto principio general, y no a "los intereses públicos" que puede dar lugar a multiplicidad de interpretaciones, toda vez que la adición efectuada en el informe de la ponencia, en que se establece que "sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos", precisamente esos otros órganos tienen encomendada en nuestro derecho la promoción de la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos y no del interés público como tal, como categoría abstracta»⁵¹⁴. La enmienda es aprobada por unanimidad con 34 votos a favor.

Sin duda, como ha señalado JIMÉNEZ-BLANCO, la intención de la enmienda era identificar el «interés público» con los intereses de Estado de base no patrimonial, salvaguardando en el proceso contencioso-administrativo y en las *litis* civiles la función de los Abogados del Estado en defensa de los intereses patrimoniales del Estado; y por supuesto, tratando de evitar la confusión de funciones. Ése era el equivoco interpretativo que se pretendía evitar, si bien, como señala el mismo autor, «interés público» es aún una expresión «anfibia»⁵¹⁵.

Y es que, a tenor de la argumentación del diputado que acabamos de transcribir, esa caracterización del «interés público» como categoría más amplia que los «intereses públicos», permite, entre otras cosas, que el legislador le haya ido atribuyendo al Ministerio Fiscal español, la defensa de lo que se ha dado en llamar «los intereses difusos». Intereses sin titular determinado (medio ambiente, patrimonio artístico, etc.) que debe proteger el Ministerio Fiscal en cuanto estén «tutelados por la ley».

Habíamos asimismo hecho ya notar que algunos autores como Díez-PICAZO o JIMÉNEZ BLANCO, subrayan una gran contradicción en el hecho de que, siendo la defensa del interés público en el ámbito penal la represión de los delitos –donde el Ministerio Fiscal juega un papel de parte «frente al que se sitúa un abogado defensor que defiende con no menos celo los intereses de la otra parte»⁵¹⁶– el mismo órgano ejerza la defensa de los intereses difusos y los derechos de los ciudadanos, al atribuir al Ministerio Fiscal cometidos propios de un genuino *amicus curiae*. Pues bien, para otros autores, «el interés

514. BOC. núm. 84, de 1 de julio de 1978, pg. 3121.

515. JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, «Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal», *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. II, pg. 1636.

516. *Ibidem*, pg. 1636.

público tutelado por la ley es en última instancia una concreción de la función de defensa de la legalidad. En efecto, se defiende el interés público tutelado por la ley cuando se activa el *ius puniendi*, y cuando el Ministerio Fiscal interviene en un proceso civil en el que aparezcan intereses que no puedan dejarse a la autonomía de las partes, o cuando las resoluciones judiciales no afecten sólo a las partes, sino al interés público y social como puede ser el supuesto de sentencias que quedan sin ejecución cuando la Administración puede compensar de otra forma al recurrente, aunque esté en juego el interés público»⁵¹⁷. Por tanto, no se produce ninguna contradicción entre una y otra función, ni entre los principios que deben presidir una y otra. No obstante, continúa el texto de la cita transcrito: «Dos matices de esta función a tener en cuenta son: primero, que el interés público ha de ser el tutelado por la ley, es decir, no se permite una interpretación amplia del concepto de interés público; segundo, que la actuación puede ser de oficio o a instancia de parte, sin que se haga referencia a la intervención del Gobierno».

Desde luego, lo que resulta indudable es la dificultad conceptual que conlleva dotar de contenido a semejante función tan genérica⁵¹⁸, que al legislador español no le ha acomplejado lo más mínimo al hacer del Ministerio Fiscal una especie de «cajón de sastre», al atribuirle múltiples funciones de naturaleza bien distinta.

Como ya habíamos afirmado, las enmiendas presentadas en Ponencia al apartado segundo se mantuvieron y fueron discutidas en este trámite de Comisión. Si sus proponentes pretendían la independencia del Ministerio Fiscal –judicializándolo dicho sea de paso– así como la superación del modelo histórico, eliminando precisamente «la única definición del Ministerio Fiscal con cierta tradición en la legislación española, que era susceptible de centrar el insoluble problema de su naturaleza jurídica»⁵¹⁹, era porque sin duda, «el Anteproyecto incluyó aquella referencia [el Ministerio Fiscal es también el órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la Administración de Justicia], sin duda entendiendo que precisamente la proclamada independencia del Poder Judicial y sus nuevos caracteres estructurales exigían al mismo tiempo una clarificación de la función del Ministerio Fiscal en la que su vinculación gubernativa otorgara al órgano rector de la política nacional, las armas necesarias para poner en marcha, en el momento que se entendiera necesario, el aparato judicial»⁵²⁰. Y cabría añadir, posibilitar el desarrollo una política criminal con la ayuda del instrumento más indicado

517. GARRIDO FALLA, *Fdo., Comentarios...*, *op. cit.*, pg. 1814.

518. MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg., 110.

519. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente...*, *op. cit.*, pg. 29.

520. JIMÉNEZ-BLANCO, A., «Relevancia...», *El Poder...*, *op. cit.*, pg. 1632.

para ello que existe en el Estado de derecho. Quienes defendían esta postura –incorporando la tradición– fueron la UCD y AP, a través de una argumentación en clave excesivamente histórica y que, a nuestro juicio, contribuía escasamente a apaciguar la prevención de la izquierda (PCE, PSOE, Socialistas Catalanes) que argumentaban bajo prejuicios de desconfianza institucional, incorporando precisamente la perspectiva histórica. Así, la discusión y los razonamientos de los diputados, contienen en mayor medida «imágenes» y «visiones» políticas de dicha institución desde diferente memoria histórica, que aportaciones o argumentación jurídica acerca de la configuración y naturaleza de la institución. Analicemos esta circunstancia.

Se aprecia de manera nítida que la enmienda 695 de la Minoría Catalana y su pretensión de asegurar la independencia del Ministerio Fiscal se justifica en clave de desconfianza y de ruptura histórica. En palabras del diputado Solé Barberá⁵²¹, «La historia de estos últimos cuarenta años constituiría en la mayoría de los casos un elogio de la actividad del Ministerio Fiscal que ha correspondido, en la mayoría de los casos, a un respeto, a una legalidad y a unos principios que no coincidían con aquellos que nos veíamos obligados a soportar el pueblo español. El elogio del Ministerio Fiscal no debemos hacerlo aquí, pero sí queremos decir en este momento que este reconocimiento nos impulsa a reiterar nuestra idea de que debemos preservar al Ministerio Fiscal de toda idea que coarte, que condicione, que coaccione su plena independencia. Éste es el espíritu de nuestra enmienda». Existe, desde luego, una clara contradicción en este argumento, en nada jurídico como se puede apreciar: si el Ministerio Fiscal se ha comportado bajo el anterior régimen como un ejemplo de constricción en su acción contra los ciudadanos y de respeto de los principios que inspiran sus funciones, siendo al mismo tiempo un órgano caracterizado fundamentalmente por su relación con el gobierno dictatorial, cabría cuestionarse la necesidad de independencia que se reclama ahora, respecto de un gobierno democrático, mucho más limitado y controlado constitucionalmente. Por no mencionar la novedad de los principios de legalidad e imparcialidad –incluidos ya en la Ley 42/1974–, y por supuesto, la defensa de los derechos de los ciudadanos, aspectos no incluidos en la LO del Estado de 1967, y por tanto, en la actuación del Ministerio Fiscal.

En respuesta a la enmienda y desde una posición que comporta una explicación final muy clara, el diputado de la UCD, el Sr. Cisneros Laborda, declinó intervenir hasta que en el debate sobre el apartado cuarto «dado el

521. BOC; núm. 84, pg. 3122.

indisoluble parentesco conceptual que ambas materias tienen»⁵²², defendiera la enmienda *in voce* que acababan de presentar. Analizaremos la posición del grupo parlamentario de UCD en referencia al citado apartado cuarto.

Quien sí intervino y de manera extensa, fue el diputado Fraga Iribarne en representación del grupo de AP⁵²³. Tampoco escasean en su intervención referencias a la historia⁵²⁴ y hay que reconocer que en su alusión la clarividencia conceptual del Sr. Montero Ríos, coincide gran parte de la doctrina. En cuanto a sus referencias al derecho comparado, nada más cierto que la inspiración francesa presente en nuestra propia tradición. No obstante, el diputado se aparta de un Ministerio Fiscal como el italiano, totalmente independiente –bien es cierto que atípico– y menciona el ejemplo más radical y alejado de cualquier derecho continental, como es el caso británico. Por último, en cuanto a la necesidad de crear otro órgano nuevo que permita al Gobierno el ejercicio de sus acciones, o la necesidad de asimilar al Ministerio

522. *Ibidem*, pg. 3122. Y es que como habíamos puesto de relieve con anterioridad, en la incongruencia entre el ap. 2 y el ap. 4 reside la naturaleza contradictoria del Ministerio Fiscal español.

523. Reproducimos, dado su enorme interés, la intervención entera –*BOC* núm. 84, pg. 3122–: «Señor Presidente, para oponerme a la enmienda 695, respetando las razones en que se funda, y por supuesto en absoluto los razonamientos históricos que se han utilizado para apoyarla; y para decir que el texto de la ponencia es el correcto. Primero, esta es la tradición española, invariable desde todos los tiempos, y muy en particular desde que es una de las piezas menos imperfectas de nuestra legislación, quizá, de la legislación europea, como fue la Ley Orgánica del Poder Judicial, que está hecha como provisional por aquel gran jurista paisano mío, Montero Ríos, que ha cumplido una función importantísima en el establecimiento de una justicia independiente en España, y prácticamente el texto es el mismo que se usó en aquel autorizado y centenario texto jurídico. Segundo, porque esto es lo que pide la lógica de las cosas; los Jueces son un poder independiente del Ministerio Fiscal en toda Europa y en los países anglosajones representa un punto de vista de defensa de un interés público que, efectivamente, está representado normalmente por los órganos del Gobierno, que interpretan sobre todo en materia de oportunidad de determinadas acciones. En este sentido es bien sabido que a lo más que se llega es a un compromiso como en Francia, donde como se sabe la palabra es libre, pero la escritura es sometida a instrucciones del Ministerio de Justicia; pero en los países anglosajones, que en este caso no son una excepción, sino que van más allá, existe un cargo que es el "Attorney General", el Abogado General del Estado, que representa al Gobierno y que de un modo más directo interpone toda clase de acciones, que en nuestro país están divididas, en representaciones ilustres a las que antes aludía: la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal. En todo caso, y esta es la tercera y fundamental razón, no habría más remedio en este caso que convertir el Ministerio Fiscal en una parte del Poder Judicial y crear entonces un órgano a través del cual el Gobierno ejerciera sus acciones; lo cual sería barroco, contraproducente e incluso peligroso. Por todas estas razones entiendo que procede mantener el texto actual y rechazar la enmienda del señor Solé Barberá».

524. Por cierto de clave liberal, nos referimos al sexenio revolucionario, pues la Ley provisional sobre la Organización del Poder Judicial es del 15 de septiembre de 1870; antes incluso del desembarco de Amadeo de Saboya.

Fiscal a la Judicatura –error que ciertamente también cometen los enmendantes– ninguno de los dos argumentos a los que alude son necesariamente ciertos. La cuestión no es la sustitución del Ministerio Fiscal por otro órgano que ponga en relación al Gobierno con los Tribunales, cuestión que además podría haber asumido la Abogacía del Estado con un simple aumento de competencias, sino si realmente el Gobierno ha de disponer de semejante instrumento; es decir, si debe o no tener atribuida entre sus competencias una capacidad de acción cualificada y atención primaria en la promoción de la justicia y en la acción penal frente a los Tribunales. Nadie dudaría que en otros ámbitos que afecten a la Justicia, por ejemplo, en el de la prevención, sí debe ostentarlos; o si por el contrario, su acción frente a los Tribunales no debe ir más allá que la de procurar el «interés» de la Justicia, en este caso del Ministerio Fiscal, respetando las decisiones que, de manera independiente, adopte la institución siguiendo los cauces procesales de la ley, o arbitrando algún otro tipo de mecanismo en caso de no ver colmadas sus expectativas. Sin olvidar que, al fin y al cabo, el Gobierno es responsable de la Policía, sin duda el órgano más cualificado y con mayores posibilidades de «despertar el interés» de la Fiscalía en sus actuaciones de oficio y a través del cual puede actuar el Gobierno, mediante una política «policial», sin necesidad de «interferir» en la «independencia» de la fiscalía⁵²⁵.

Finalmente el diputado Martín Toval, representante de Socialistes de Catalunya defendía la enmienda 297 –cuyo texto y motivación eran idénticos a los de la enmienda 441 del PSOE– estableciendo, en primer lugar, que a pesar de la diferencia de contenido con la enmienda presentada por el PCE –sobre la que además manifiesta que votará a favor–, ésta era «coincidente en el fondo y en la medida en que el tema de la relación del Ministerio Fiscal se establece, no sólo ya entre el Gobierno y los Tribunales, sino también entre las Cortes, el Gobierno y los Tribunales»⁵²⁶. La pretendida coincidencia residía, por encima de las diferencias, en la ausencia de una relación privilegiada –«no es inmediata y directa», por utilizar los términos exactos en los que se expresa– entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal, en este caso, por ser una relación análoga a la que debe mantener –y mantenía, a través de la información de las Comisiones de Investigación, según la motivación formulada por socialistas– el Ministerio Fiscal con las Cortes. Centraba su argu-

525. A favor de esta competencia se sitúa claramente LÓPEZ AGUILAR, J. F.: «el Gobierno –y no otro órgano– es constitucionalmente el director y responsable de la política interior (art. 97 CE) y, consiguientemente, de la política criminal o penal, que es una calificada parte de aquélla. Una responsabilidad para cuya atención el ordenamiento jurídico no dispone en realidad ningún otro instrumento de verdadera incidencia que el actor penal por excelencia: el Ministerio Fiscal». LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia...*, *op. cit.*, pgs. 195-196.

526. BOC núm. 84; pg. 3123.

mento el diputado, en la nula relación con el Gobierno que hasta el momento establecía el sistema de nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y, por tanto, del Fiscal General. Vinculaba el diputado Martín Toval, igual que lo había hecho antes Cisneros Laborda, la relación entre ambos órganos al sistema de nombramiento del Fiscal General, cabeza jerárquica de la institución, y a la participación del Gobierno.

Tras esta intervención, y dado que el párrafo tercero no registraba enmienda alguna, el diputado Cisneros Laborda, asumió la palabra para defender la enmienda *in voce* presentada por la UCD al párrafo 4, cuyo texto constituye la actual redacción del correspondiente apartado constitucional. El diputado se refiere directamente a la relación con el punto 2, y de sus palabras y argumentos, en un cierto galimatías conceptual⁵²⁷, se desprende el sentido de las votaciones de ambos apartados referidos al Ministerio Fiscal, que acabarían configurando esta institución de raros perfiles⁵²⁸. Cabe obviar en su reflexión una primera parte de nula precisión dogmática, que introduce incluso algunas inexactitudes, cuando el ponente, al mismo tiempo atribuye a la institución la pertenencia al Poder Judicial con autonomía propia, el carácter de magistratura postulante, su participación en la Administración de la Justicia como órgano el Estado, o su facultad de relación con el Gobierno y también con la Administración, además de relativizar la importancia de su definición constitucional, para concluir afirmando que se abstendrán en su voto a la enmienda 695⁵²⁹. En una segunda parte de su interven-

527. Sus afirmaciones, señala MARCHENA, M., «reflejan con claridad que la confusión conceptual y la falta de diseño estructural del instituto habrían de desembocar, necesariamente, en un precepto adjetivable de conglomerado yuxtapuesto de cometidos, en ocasiones tautológicos». MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 106. De discurso «ciertamente confuso» lo tacha FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 236.

528. Como señala FLORES PRADA, I., es la combinación finalmente transada de la propuesta de Socialistas y Comunistas con la de la UCD, representada cada una en un apartado del artículo, y no considerando su importante e insoluble relación, lo que hará incoherente el modelo final diseñado en el art. 124 CE. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, 236.

529. Después de retirar la enmienda que proponía la supresión del ap. 4., comienza el Sr. Cisneros: «Para la UCD... no es esencial que la Constitución diga o no que la Fiscalía del Reino es un órgano de relación entre el Gobierno y la Administración de la Justicia. Lo que sí es esencial es que la Constitución no impida, no entorpezca, desde luego no prohíba, el que efectivamente lo sea. Y habrá de serlo; en eso compartimos la línea conceptual aunque no la conclusión, de la expresión del Sr. Fraga. Habrá de serlo, lo reconozca o no explícitamente la Constitución, so pena de desconocer la naturaleza de este Ministerio Fiscal, de desvirtuar gravemente su papel. La Fiscalía del Reino está inserta en el Poder Judicial, como se infiere con claridad de la inclusión sistemática de este precepto en el título que nos ocupa dentro de toda la tradición española y exterior. Pero no es menos clara su peculiar posición institucional, su autonomía respecto a los órganos decisorios de la jurisdicción [...] La Fiscalía del Reino vela –lo decimos en el ap. 1– por la independencia de los tribunales, función clásica de este Ministerio, esencialmente ejercitada a través de su intervención en los conflictos de jurisdicción y competencias, y desde ese análisis de las funciones de la Fiscalía del Reino, que podría venir avalado por el Derecho compa-

ción sí acierta, a nuestro juicio, cuanto menos, en el escaso valor o sentido que cabe atribuir a la propuesta de nombramiento del Fiscal General por parte del CGPJ en relación con la independencia judicial y la definición misma del Poder Judicial y su órgano de autogobierno; o la referida a la indisoluble relación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal, dada su naturaleza funcional. Si bien el diputado está lejos de justificar el nombramiento del Fiscal General por parte del Gobierno, cabe precisar que nuestro alineamiento con su argumentación coincide sólo parcialmente, pues no pretendemos caer en similar «confusión» de niveles de análisis que los planteados por el ponente.

En este sentido, el CGPJ no puede nombrar al Fiscal General porque el Ministerio Fiscal ni participa en este órgano, ni pertenece al Poder Judicial, tal y como se ha sostenido en otras enmiendas. Las funciones del Consejo nada tienen que ver con promover la defensa del interés público o de los derechos de los ciudadanos⁵³⁰ y por tanto, no está sometido a los mismos principios y garantías, tal y como enuncia el artículo y cuyos principios nunca se pusieron en discusión: dependencia jerárquica, unidad de actuación. Además, resulta evidente que la configuración constitucional no sitúa al Ministerio Fiscal como un servidor del Ejecutivo o como su agente, pues el Ministerio Fiscal actúa con autonomía a través de sus órganos propios, del mismo modo que también es indiscutible que la relación entre el Gobierno y la institución no se sustenta en la necesidad de que el Gobierno tenga un órgano que acuda por él a los Tribunales, pero es cierto, a su vez, que el Ministerio Fiscal no puede promover nada, nada repetimos, sin la ayuda de las fuerzas de seguridad, órganos todos ellos –guardia civil, policía– dependientes del Gobierno y dirigidos por éste. Por lo que cabe plantear si resulta necesaria esa intermediación.

La respuesta de Peces-Barba, en representación del grupo parlamentario

rado de una forma prácticamente unánime y por la doctrina, a lo menos de una forma abrumadora, se infiere que la Fiscalía del Reino no es ciertamente un servidor del ejecutivo o su agente, ni tampoco *strictu sensu* un órgano de la Administración de Justicia, es exactamente un órgano del Estado en la administración de Justicia, la naturaleza de cuyas funciones múltiples, esa custodia de la legalidad, esa representación del Estado y de la Administración, esa misión cooperadora con los Tribunales de Justicia y esa detentación *ex lege* de la postulación del interés social indefectiblemente a esa posición intermediaria, comunicadora, relacionante, como queramos llamarla, entre el Gobierno y los tribunales». BOC núm. 84; pgs. 3121 y 3122.

530. Entre otras cuestiones, la función del Fiscal frente a la función del Magistrado, reside en la capacidad de promoción del primero y en la necesidad de recepción del segundo, quien por supuesto tiene vetadas todas las capacidades de promoción. Lo cual tiene necesariamente un reflejo en la situación de independencia orgánica que puede soportar cada órgano. La promoción exige sin duda un control de lo que se promueve.

socialista, resulta certeramente audaz, al resaltar con precisión un punto clave que se ha pasado por alto en el debate: «No creemos que ninguna de las razones que se han dado puedan justificar el que sea el Gobierno quien le nombre, ni tampoco entendemos que esas funciones de relación y esas actuaciones que el Ministerio Fiscal tiene que hacer se vean impedidas por el nombramiento realizado en la forma que se establece en este artículo»⁵³¹, es decir, del mismo modo que el Presidente del TS. Ambas afirmaciones, no obstante, son parcialmente ciertas. Se sigue sin aportar ningún sentido al nombramiento –y no lo tiene en sentido positivo– por parte del CGPJ. A no ser que, descartando el nombramiento por las Cámaras, como así hace Peces-Barba, única forma a la que el diputado le otorga un sentido propio, se aprecie un mayor peligro en que el nombramiento por el Gobierno pudiera ser «determinante para dificultar algunas de las misiones que se encomiendan al ap. 1 de este artículo»⁵³². Desconfianza o temor que refuerza el diputado con una nueva referencia histórica a la competencia ejercida por el Ministro de Justicia en los últimos cuarenta años de régimen, manifestando su rechazo a la enmienda presentada.

El recelo o la desconfianza gubernamental que muestran estas críticas es a nuestro juicio excesiva, sobre todo porque entendemos que considerar que el Gobierno puede actuar de manera ilegal o corrupta sin responsabilizarse de las consecuencias, que es el fondo de la cuestión, es no confiar en la existencia de una democracia de calidad. Aunque esta desconfianza pueda ser normal en un representante parlamentario que ni siquiera ha estrenado la democracia, deben ser las normas las que propicien dicha confianza, y no el cuestionamiento de las instituciones. Volveremos más adelante sobre esta cuestión al plantear las relaciones del Ministerio Fiscal con el Gobierno. Por el momento adelantar que, sin perjuicio de la disfuncionalidad del nombramiento por parte del CGPJ o los temores que pueda suscitar esta competencia, incluida la escasa relevancia del argumento de la referencia a la posible corrupción del Gobierno, nuestra opinión es que cabe atribuir un sentido positivo e incorporar argumentos muy sólidos para sostener el nombramiento del Fiscal General por parte del Gobierno. Entre otros, la capacidad de asumir la responsabilidad política, derivada de la propia elección.

En cuanto a los resultados de las votaciones, los apartados primero y tercero del artículo, fueron aprobados por unanimidad, con 34 y 33 votos a favor respectivamente. Respecto al apartado segundo, como se había anunciado, se abstuvo la UCD, aprobándose el apartado con 15 votos a favor

531. *BOC* núm. 84; pg. 3125.

532. *Ibidem*, pg. 3125.

(Comunistas y Socialistas), las 18 abstenciones del grupo mayoritario de la UCD y dos votos en contra. Finalmente, el apartado cuarto fue aprobado por 21 votos a favor (UCD y AP), 12 en contra y no se registraron abstenciones⁵³³.

Cabe calificar el posicionamiento de la UCD como pragmático e inteligente. Representa por otra parte, una visión ambigua, prisma bajo el que se ha observado siempre a la institución. Y así, la determinación de la estricta relación entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno queda reservada a la ley y es, por tanto, moldeable y adaptable que atienda a los intereses y diversas corrientes jurídicas planteados, mientras que el nombramiento del Fiscal General queda adscrito como competencia del Gobierno, de indudable relevancia –una relación en sí misma– de manera indisponible para el legislador. Y sin duda, en el Estatuto orgánico se decidió establecer un determinado tipo de relación que si bien pudiera tildarse de estrecha, permite mantener la autonomía del Ministerio Fiscal, verdadero principio orgánico que debe inspirar su relación con el Gobierno.

1.1.3. *El debate en el Senado*

El Senado recibe el nuevo artículo que venimos comentando con el número 118. A dicho artículo se presentan trece enmiendas: cuatro al párrafo primero, dos al segundo, tres al tercero y cuatro al apartado final cuarto. Como puede deducirse, en realidad el texto ya no va a sufrir ninguna modificación de importancia. Quizá el hecho más relevante en este trámite fue el establecer de manera definitiva la denominación de la cúspide de la institución, Fiscal General del Estado⁵³⁴.

Ya habíamos mencionado que el trámite del Senado elimina la expresión «*sin perjuicio de las funciones que corresponden a otros órganos*» y que no obstante, volvió a añadirse en el trámite de la Comisión Mixta.

El debate estuvo descafeinado y, de nuevo, en cuanto a las consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal como ha puesto de relieve la doctrina consultada «se evidencia con claridad tanto la falta de una línea coherente en los distintos grupos, como la pluralidad de posiciones particula-

533. *Ibidem*, pg. 3126.

534. Enmienda *in voce* presentada por la UCD, ya en el Pleno del Senado, prefiriendo «con toda evidencia renunciar a su inicial propósito de denominar "Fiscal del Reino" al que luego quedaría nominado Fiscal General del Estado a cambio de pacificar el debate –que ya no se produjo– sobre el Poder o la institución encargada de proponer al Rey la persona titular del cargo, lo que deriva en una cuestión de fondo: la dependencia y el control del Fiscal por alguno en concreto de los poderes, Legislativo, Ejecutivo o Judicial»; F. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal (Del presente al futuro)*..., *op. cit.*, pgs. 37, 38. Al decir de GRANADOS, fue por tanto la UCD quién obtuvo un mayor éxito en sus pretensiones.

res dentro de los mismos»⁵³⁵. Como curiosidad, destacar que volvieron a presentarse algunas enmiendas de índole nacionalista –se habían producido algunas en el primer trámite– planteando un Ministerio Fiscal «regionalizado» y donde se exponía y subyacían concepciones de la configuración territorial del Estado, ciertamente, también hoy, soberanistas⁵³⁶.

En todo caso, nos gustaría señalar que independientemente de la configuración territorial y de las nuevas dimensiones que pueda adoptar el Estado autonómico español, el Ministerio Fiscal es una institución con la que habría que tener una especial sensibilidad a la hora de configurarlo bajo una dimensión territorial. A nuestro juicio, asegurar el principio irrenunciable de unidad de actuación requiere sin duda de una estructura orgánica unitaria en coherencia y consistente con la necesaria coordinación entre los distintos órganos de la Fiscalía. Tendremos ocasión de analizar esta cuestión con mayor detenimiento al abordar el estudio de los principios orgánicos de los distintos Ministerios Fiscales, donde puede contrastarse la importancia de este principio en el constitucionalismo español y comprobarse asimismo cómo el «*Public Prosecutors Department*» holandés plantea, en sus problemas de coordinación así como de articulación de una respuesta unitaria frente a hechos delictivos análogos, sus principales deficiencias, que precisamente y a juicio de la doctrina, se deben fundamentalmente a la descentralización –característica en Holanda– de la institución. De hecho y refiriéndonos al sistema holandés, uno de sus órganos más modernos introducidos en la ya mencionada reforma de 1999, es el «*Landerijk Parket*» la primera Fiscalía de ámbito nacional creada ante la necesidad de combatir más eficazmente y frente a los problemas de coordinación registrados, el crimen organizado.

La otra «novedad» del debate fue el postrer intento por parte de Progresistas y Socialistas Catalanes de sustraer al Ministerio Fiscal de toda influencia del Ejecutivo, mediante la introducción de una serie de garantías orgánicas. El modo fue poco acertado. El texto propuesto al apartado 3 se redactó como sigue: «La ley regulará el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y garantizará

535. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 239.

536. Ambas provenientes del Grupo Mixto, dos enmiendas son muy claras. La primera (En 303), presentada por el Senador Bandrés, propone añadir al ap. 2, la coletilla «sin perjuicio de las funciones que en sus respectivos Estatutos se reconozcan a las Comunidades Autónomas». La segunda, presentada por el Senador Xirinacs i Damians, proponía básicamente un Estatuto para un Fiscal General Federal encargado de aquellas funciones encomendadas al MF como institución, y su texto se redactaba del siguiente modo; «El Fiscal General tiene por misión promover la justicia en el ámbito confederal en defensa de la legalidad... así como velar por la independencia del Tribunal Confederal y procurar ante éste la satisfacción del interés social». *Constitución...*, *op. cit.*, Vol. III, pg. 2889.

a sus funcionarios que no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados excepto por las causas y con las garantías que el Estatuto establezca»⁵³⁷.

En todo caso el debate no estuvo bien planteado. El senador Villar Arre-gui del grupo parlamentario de socialistas y progresistas independiente (GPPSI)⁵³⁸ planteó en el trámite de Comisión la explícita pretensión de su grupo de querer «sustraer a la dependencia del Gobierno al Ministerio Fiscal», explicitando además «que la Constitución garantice que los funcionarios de ese Ministerio Fiscal no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados excepto por las causas y garantías que la ley establezca»⁵³⁹. Posteriormente, ya en el Pleno, a través de su voto particular, el Grupo Socialista defiende las garantías atribuidas desde una perspectiva híbrida, de escaso rigor a nuestro juicio, admitiendo que el Ministerio Fiscal no pertenece al Poder Judicial, pues debe estar sometido al principio de jerarquía al mismo tiempo que mantiene una relación con el Ejecutivo, argumentando asimismo que resulta «evidente que el Ministerio Fiscal no está constituido por un conjunto de funcionarios bajo la dependencia del Gobierno, al ritmo del Gobierno, para el agrado del Gobierno»⁵⁴⁰.

A nuestro juicio, nada más evidente pero también más superfluo. En este sentido, la respuesta del Senador Valverde Mazuelas (UCD) en nada se opondrá a las pretensiones esgrimidas. A estas alturas del debate, era sabido que este tipo de injerencia orgánica en materia del gobierno interno de la institución, por parte del Ejecutivo es del todo inaceptable. De este modo, el debate y la argumentación del Senador de UCD acerca de las garantías que acompañan a un Ministerio Fiscal que no pertenece al poder judicial, tan sólo hubo de centrarse en su oposición a dotarlas de rango constitucional. Lo cual, además de ser la tónica mantenida por la formación que sustentaba al Gobierno de aquellos años, a lo largo de todo el debate constituyente, proponiendo siempre la redacción más sucinta, tiene en esta ocasión una razón de ser especialmente consistente. Porque independientemente de con cuanta claridad se hubiera afirmado la pretensión de asegurar la independencia del Ministerio Fiscal con respecto al Ejecutivo, la introducción de estas garantías, o bien es superflua por ser evidente materia de ley o, como

537. Con este texto se presenta la enmienda 73 de Socialistas y Progresistas independientes. Y en este mismo sentido se pronuncian la enmienda 254 del Senador Mateo Navarro, del mismo grupo, y el Voto particular de Progresistas y Socialistas Catalanes núm. 352; *Constitución...*, *op. cit.*, Vol. IV. pg. 4452.

538. En representación de Izquierda democrática e integrado en la formación electoral por la que se presentó en las elecciones, Senadores por la Democracia, posteriormente GP de la UCD. *www.senado.es*.

539. *Constitución...*, *op. cit.*, vol. III. pg. 2437.

540. *Ibidem*, vol. IV, pg. 4798.

explícitamente afirma el Senador Mateo Navarro en Comisión, «la independencia del Ejecutivo debe traducirse en una garantía constitucional de inamovilidad. En resumen, se pretende fortalecer las garantías del justiciable, aseguradas como están las del Gobierno por la figura del Abogado del Estado»⁵⁴¹. Trataba de asimilar, a través del rango constitucional de las garantías y como él mismo afirmaba, el Ministerio Fiscal español a la situación italiana. Tendremos ocasión de describir los múltiples problemas que causa esta situación en Italia, pero desde luego no debe pasarnos por alto que la garantía de inamovilidad de los jueces, en tanto que garantía interna y personal de los miembros del poder judicial, está íntimamente ligada a la función jurisdiccional, y su verdadero significado, queda muy lejos de la naturaleza de la función requirente, activa y no pasiva y, más aún, de constituir un modo de protección frente a actitudes o capacidades del ejecutivo que, en todo caso, están excluidas ante cualquier órgano que pueda considerarse verdaderamente autónomo en cualquier democracia. Es más que dudoso, dada la naturaleza de la función del fiscal, que la inamovilidad favorezca las garantías del justiciable. O mejor dicho, del proceso, pues en puridad y según la comparación realizada por el Senador, el protector de tales garantías habrá de ser su propio abogado –art. 119 CE– y por supuesto el juez, como máximo responsable y garante de la legalidad de toda la causa.

1.1.4. El Dictamen de la Comisión Mixta y la aprobación del texto definitivo

El texto, como el art. 123 del Anteproyecto, se remitió por el Senado a su último trámite, antes de su aprobación definitiva. De nuevo se añadió la expresión «sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos» que se había retirado inicialmente por considerar que, en el supuesto de coincidencia de funciones de los órganos encargados de proteger los derechos de los ciudadanos, «la competencia debiera ser primaria en el Ministerio Fiscal y residual en el Defensor del Pueblo», imponiéndose la intención de que la institución se dejara sin «ningún tipo de corsé»⁵⁴². Y se retomó de nuevo para salvaguardar las competencias del cuerpo de Abogados del Estado.

El texto definitivo se publicó el 31 de octubre de 1978, como el art. 124, tal y como figura hoy en la Constitución española.

1.2. La discusión «clásica» sobre el significado del artículo 124 de la Constitución española

A nuestro juicio, el debate sobre el artículo 124 CE al menos dejó clara

541. *Ibidem*, Vol. III, pg. 2776.

542. Enmienda *in voce* de la UCD, durante la Comisión Constitucional del Senado. *Constitución...*, *op. cit.*, Vol. III, pg. 2436.

la cuestión de las diferentes visiones que se hallaban presentes a la hora de configurar la institución. Y si bien, como hemos venido insinuando, prevaleció en nuestra opinión aquella que pretendía un Ministerio Fiscal en la órbita del ejecutivo consiguiendo más apoyos, ello no es óbice para que las interpretaciones posteriores que se dieron al artículo retomaran posiciones anteriores que acompañaron al resultado final del debate y, consiguientemente, a la redacción acordada en el texto constitucional.

Como señala MARCHENA, M., la redacción del artículo 124 CE ha sido valorada desde muy diferente óptica. Opina dicho autor que se ha calificado la redacción definitiva del citado precepto constitucional como fruto de la «inercia histórica» o «mera yuxtaposición de competencias genéricas y de difícil, o cuando menos variable, concreción», lo que derivará en una «progresiva pérdida de protagonismo» del Ministerio Fiscal. Contrasta tal juicio con la opinión de quienes estiman que este precepto constitucional supera definitivamente «aquella vieja ambigüedad, tantas veces señalada que hacía oscilar al Ministerio Fiscal, alternativa e interminablemente, entre el poder judicial y el poder ejecutivo»⁵⁴³.

Si esto sucede a nivel valorativo, otro tanto sucede respecto de su contenido. De hecho, para JIMÉNEZ BLANCO, a tenor del artículo 124, la vinculación del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo parece una teoría constitucional «bastante más sólida»⁵⁴⁴; mientras que para JIMÉNEZ VILLAREJO, el Ministerio Fiscal, desde la redacción constitucional, queda integrado con autonomía funcional en el poder judicial⁵⁴⁵.

A lo largo de todos estos años, las distintas interpretaciones doctrinales sobre el artículo 124 de la Constitución española han recurrido a la ubicación clásica del Ministerio Fiscal en uno de los tres poderes y, en algunas ocasiones, a una pretensión de independencia de la institución. Como acabamos de exponer, a ello respondió en gran medida el debate constitucional.

Del mismo modo, la doctrina ha ubicado a los distintos autores según su posicionamiento frente a uno u otro modelo: un Ministerio Fiscal en la

543. MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 109.

544. JIMÉNEZ-BLANCO, A., «Relevancia...», *op. cit.*, pg. 1634.

545. Tal y como recoge el art. 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de cuya formula se mostró muy partidario JIMÉNEZ VILLAREJO y que califica de «incuestionable». JIMÉNEZ VILLAREJO, C., «El Ministerio Fiscal, dentro del Poder Judicial (notas para el planteamiento de unas relaciones)», *El Poder Judicial*, núm. 3 pg. 81, Madrid, 1982. Para este autor el art. 124 «dice lo que dice y no lo que se querría que dijese desde los prejuicios de cada cual y si en él se encomienda al Ministerio Fiscal, con claridad meridiana, la defensa de la legalidad –no de una parcial interpretación de la legalidad sino de ésta– y vela por la independencia de los Tribunales, es sencillamente porque la norma parte del supuesto de que no es un brazo del Ejecutivo sino una pieza esencial y básica del Judicial»; pg. 83.

órbita del ejecutivo, o un Ministerio Fiscal integrado en el poder judicial, y en casos más excepcionales, un Ministerio Fiscal dependiente del parlamento⁵⁴⁶. Y todos ellos, con diferentes matices, han defendido sus posturas doctrinales a través de argumentos, también «clásicos», relacionadas con cada una de las distintas concepciones de la institución.

Los autores que han defendido la necesidad de un modelo de tendencia ejecutiva han recurrido al argumento histórico, según el cual, la función del Ministerio Fiscal «ha sido y es una típica función de gobierno con inmediata significación política»⁵⁴⁷; invocando la necesidad de legitimidad democrática que implica la responsabilidad política de la función de defensa del interés público encomendada al Ministerio Fiscal.

Los autores que consideran que el Ministerio Fiscal debe estar integrado en el poder judicial han centrado sus argumentos en una interpretación de la historia en clave tendencial, por la que, en general, todos los sistemas han ido reduciendo la influencia del ejecutivo, convirtiendo la institución en un verdadero custodio de la legalidad; o considerando la institución como magistratura postulante, frente a otra decisoria constituida por jueces y magistrados, cuya vital función en la administración de justicia está presidida por los mismos principios de legalidad e imparcialidad y que, por tanto, requieren de garantías funcionariales análogas e integración en su misma estructura orgánica⁵⁴⁸. Por último, los autores que abogan por su vinculación con el parlamento ponen el acento en la necesidad de control que ha de tener el órgano del que emana la soberanía popular y la legalidad que el Ministerio Fiscal ha de defender.

De este modo y, a pesar de que algunos autores como JIMÉNEZ VILLAREJO aprecian en el artículo 124 meridiana claridad a la hora de establecer un modelo de Ministerio Fiscal, son mucho más abundantes las opiniones académicas que consideran que el citado precepto «no zanjó, ni mucho menos, la discusión doctrinal en torno a cuál sea la naturaleza del MF en la estructura de los poderes del Estado y el papel que al mismo corresponde en el proceso»⁵⁴⁹.

Y en la misma línea, hay quien ha visto incluso en el artículo 124 CE,

546. Una moderada defensa de este modelo puede encontrarse en MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*

547. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y MOVILLA ÁLVAREZ, «El Ministerio Fiscal», *El Poder Judicial: Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, 1986, pg. 391. Ésta es desde luego una afirmación consensuada en la concepción holandesa del Ministerio Fiscal, al mismo tiempo que se afirma sin tapujos que el Ministerio Fiscal pertenece al «*Rechterlijke Macht*» (Poder judicial).

548. Esta es una argumentación muy al modo italiano.

549. MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 110.

dada su regulación esquemática –así como en el Estatuto– «un claro incentivo de profundización doctrinal hacia nuevas posibilidades evolutivas de la institución»⁵⁵⁰. De hecho se han sondeado nuevas posibilidades al respecto, si bien con distintas calificaciones –soluciones intermedias, concepciones alternativas, independencia de los poderes del Estado– y que han venido a sumarse a las posturas anteriores.

Algunas de ellas han resaltado su carácter de órgano de Estado, independiente de los otros poderes del Estado, cuya autonomía funcional permite diversas relaciones con los distintos poderes del Estado de mayor o menor intensidad y relevancia, posturas estas más recientes. Y otras posiciones, independientemente de que se adscriban en una u otra tendencia, se han decantado hacia una consideración de carácter más general, poniendo de relevancia que la ubicación de la institución dentro de los poderes ejecutivo, legislativo o judicial «no es el elemento decisivo para la configuración institucional e idiosincrasia del Ministerio Fiscal español, sino la interpretación de los principios que en el futuro se haga de los principios constitucionales de unidad y dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad»⁵⁵¹.

Retomemos dichas aportaciones doctrinales procurando resaltar no tanto los argumentos clásicos sino dando mayor relevancia a aquellas interpretaciones que más claramente pueden desprenderse de la Constitución Española.

1.2.1. *El Ministerio Fiscal integrado en el Poder Judicial*

Es indudable que la Constitución de 1978 cambió la legislación anterior en muchos sentidos. Y es fácilmente apreciable la presencia en su artículo 124 de elementos definitorios que rompen con la vinculación orgánica de absoluta dependencia con el ejecutivo, propia de la legalidad preconstitucional. Podrían incluso aceptarse las tesis que defienden que el verdadero fundamento democrático del Ministerio Fiscal nace sobre el criterio de la independencia del poder político, siendo la contrarrevolución napoleónica y sus circunstancias políticas las responsables de su paso a la esfera del ejecutivo⁵⁵². Dicho esto, igual que sucedió en Italia, cabe hacer notar que se denota mucho de ímpetu en esta concepción, precisamente, por romper con la legali-

550. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente..., op. cit.*, pg. 65.

551. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales*, Colex, Madrid, 2001; pg. 102. Este autor considera –casi por defecto– que el Ministerio Fiscal forma parte del Ejecutivo, pero acto seguido renuncia en todo caso a utilizar determinados argumentos clásicos, como el de la necesidad de legitimidad democrática del MF, concluyendo con la cita expuesta.

552. Así lo defienden entre otros CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Cándido o APARICIO CALVO-RUBIO, José, «El Ministerio Fiscal en la Constitución», *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales, 1983 Vol. I.

dad anterior. No es éste el momento de detenernos en críticas más profundas, que se precisarán al retomar la situación italiana, que reproduce este modelo⁵⁵³, pero debe recordarse que nos hemos ya decantado en este estudio por una definición restrictiva del poder judicial. Por tanto, no mantendremos una posición conforme con muchos de los posicionamientos que aquí se describen. No obstante, trataremos de exponerlos con objetividad.

Para CONDE-PUMPIDO, C. –a quien seguiremos en este apartado⁵⁵⁴– los elementos más destacables del art. 124 CE y que rompen con la legalidad anterior –por tanto, subrepticamente, quiere decirse que cuestionan la dependencia gubernamental– son los siguientes:

- La inclusión de la institución dentro del Título del Poder Judicial;
- el silencio acerca de su carácter de órgano de representación o comunicación del Gobierno, silencio más significativo en cuanto que, en las primeras redacciones, aparecía como «órgano de relación», según hemos constatado en los debates⁵⁵⁵;
- asignarle como misiones, especialmente citadas, el velar por los derechos de los ciudadanos y por la independencia de los tribunales, que no aparecían destacadas en los textos precedentes;

553. Para APARICIO, sin embargo, la vía italiana ha supuesto el «nuevo camino» que con «energía y lucidez» retomó los «mejores y más genuinos orígenes» y la «verdadera esencia» del Ministerio Fiscal. APARICIO CALVO-RUBIO, «El Ministerio...», *op. cit.*, pgs. 631 y ss.

554. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio...*, *op. cit.* Esta monografía es una recopilación de sus escritos y opiniones fundamentales sostenidas a lo largo de estos años. Por ello resulta muy útil. No obstante, hemos de hacer una advertencia. Coincidimos con FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 309– en que este autor mantiene una postura de difícil equilibrio entre un Ministerio Fiscal independiente y, a su vez, integrado en el poder judicial. Más bien porque no lo equilibra, sino que todo lo incluye. Al mismo tiempo, no pertenece al poder judicial pero está integrado en su seno. Por ello, no obstante, incorpora absolutamente todos los argumentos que han estado presentes y están presentes, y que se defienden en esta concepción.

555. Es cierto que el EOMF de 1981, tampoco establece semejante relación., sin perjuicio de determinar que el Ministerio Fiscal «está integrado en el Poder Judicial». No queremos entrar aquí, de momento, en la legalidad actual del Ministerio Fiscal, tan sólo nos centraremos en sus aspectos constitucionales. Por lo tanto, la cuestión que debería plantearse es si la CE cierra la posibilidad de establecer este tipo de relación, inclusive la de dar órdenes, por ejemplo. No debe olvidarse que la legislación anterior nunca tuvo rango constitucional, por tanto consideramos que no es correcto comparar la omisión constitucional con la previsión legal del Estatuto de 1926, sino plantear si el EOMF de 1981 podría haber repetido la fórmula según la disposición constitucional. Desde luego para APARICIO CALVO-RUBIO, la Constitución cierra esta posibilidad; APARICIO CALVO-RUBIO, J., «El Ministerio...», *El Poder...*, *op. cit.*, pg. 640. Además, si retomamos los debates constitucionales, ya hemos tenido ocasión de observar cómo la renuncia a semejante redacción proviene de quien dominaba las votaciones y tuvo su contrapeso en la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado por el Gobierno. CONDE-PUMPIDO negará la importancia de esta competencia, lo cual se nos antoja, cuanto menos, un tratamiento muy desigual a la importancia de los debates según de qué cuestiones se trate.

- proclamar su sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad;
- establecer los modos de activar su iniciativa: «de oficio o a petición de los interesados», silenciando en cambio la instancia u orden del Gobierno;
- elevar el rango de la jefatura rectora de la institución, al incluir su cargo entre los de nombramiento real e identificarlo como Fiscal General del Estado –ya no sólo del Tribunal Supremo– considerándolo así como un órgano estatal y no parcial de uno de los poderes del Estado⁵⁵⁶.

De todo ello se extrae una doble consecuencia. El Ministerio Fiscal ve incrementadas sus funciones mediante una defensa de la legalidad expansiva a todo el ordenamiento y, por tanto, con acciones que van más allá de la mera acusación pública. Se convierte el fiscal, más que en un acusador público, en un *custus legis* o «fiscal de la ley» que debe defender, por encima de todo, el interés superior de la misma. Ello por supuesto incide en su naturaleza⁵⁵⁷. En segundo lugar, se materializa la independencia del Ministerio Fiscal del poder ejecutivo. Frente a la legislación anterior –arts. 1 y 42 del Estatuto de 1926– donde el jefe del Ministerio Fiscal (Fiscal del Tribunal Supremo) se sitúa bajo la inmediata dependencia de Ministro de Justicia, el silencio constitucional del art. 124 CE, así como el de su Título VI en donde no figura ninguna competencia del Gobierno de impulsar la acción de la justicia, hace del Gobierno, si acaso, un interesado más sin ningún tipo de acción privilegiada para impulsar la actividad del Ministerio Fiscal, lo que le excluye de cualquier competencia de mando, pues quien pide no ordena. Y todo ello mediante un Ministerio Fiscal que actúa por medio de «órganos propios»⁵⁵⁸. Por último, tampoco regula la Constitución española relación alguna entre ambos, al modo que lo hace entre el Gobierno y las Cortes.

Todos estos elementos le permiten a CONDE-PUMPIDO establecer la siguiente definición en positivo del Ministerio Fiscal español: «Órgano autónomo del Estado, constituido para el funcionamiento de la justicia e inte-

556. He aquí la negación a la que nos referíamos en la nota anterior. Todo ello en CONDE-PUMPIDO, C., *El Ministerio Fiscal...*, *op. cit.*, pg. 37.

557. En este sentido, es cierto que gran parte de esta interpretación ha sido desde luego avalada por la realidad de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal en la actualidad: Intervención en la jurisdicción contencioso-administrativa, en condiciones distintas al Abogado del Estado; su capacidad de interponer un recurso de amparo constitucional –competencia de rango constitucional– o la misma representación de menores o incapacitados que el Fiscal tiene reconocida en la LECrim, que como hemos visto le cualifican como un verdadero *amicus curiae*.

558. APARICIO CALVO-RUBIO, J., «El Ministerio...», *El Poder...*, *op. cit.*, pg. 640.

grado autónomamente en el poder judicial y con la misión de defender la legalidad democrática, promover los intereses públicos y sociales que pertenecen al pueblo constituido en Estado, tutelar los derechos de los ciudadanos y velar por la independencia de los tribunales»⁵⁵⁹.

La consideración del Ministerio Fiscal como órgano del Estado es un punto de partida esencial en toda aquella doctrina que separa el MF de la órbita del ejecutivo. No obstante, la diferencia de énfasis en ese carácter y, por tanto y principalmente, la posibilidad de su integración o no en el poder judicial, es lo que marca la diferencia entre las posiciones judicialistas y aquellas que defienden un Ministerio Fiscal independiente, al que cualifican sin quiebra de órgano del Estado. Las analizaremos más adelante⁵⁶⁰.

Como señala FLORES PRADA, I.,⁵⁶¹ la subsiguiente explicación ha de ser la de mostrar cuáles son las condiciones de integración del Ministerio Fiscal en el poder judicial, dada su autonomía, y sobre todo, la compatibilidad de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica con su requerida independencia para integrarse en el poder judicial. La respuesta más común es la de considerar al Ministerio Fiscal como una «magistratura postulante»⁵⁶². Se trata de la «clásica» doctrina italiana por la cual la función de administrar justicia queda dividida en una magistratura requirente, encargada de activar el *ius puniendi* y otra decisoria, ejercida por jueces y magistrados. Ambas funciones tendrían igual consideración, pues ambas, «han de garantizar ese Estado de Derecho en el que todos los poderes quedan sometidos al imperio de la Ley mediante un mecanismo de controles recíprocos que aseguran el necesario equilibrio»⁵⁶³.

A nivel orgánico, la integración del Ministerio Fiscal en el poder judicial, estaría reconocida en los arts. 127.1 y 127.2 CE mediante la equiparación de su estatus. Para CONDE-PUMPIDO, según una interpretación sistemática del artículo, la inclusión en el primer apartado de las tres figuras, jueces, magistrados y fiscales, sirve para limitar de igual manera su capacidad de asociación y expresar el tratamiento conjunto de ambos cuerpos, siendo por tanto el

559. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio...*, op. cit., pg. 45.

560. Por ejemplo, LÓPEZ AGUILAR, J. F. o MARTÍN CASALLO. En la definición, muestra CONDE-PUMPIDO su difícil equilibrio.

561. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, op. cit., pg. 313.

562. Ha sido profusamente mencionado por la doctrina, el discurso de entrada de Adolfo de Miguel en el Instituto Español de Derecho Procesal (*Revista de Derecho Procesal*, 1954 pgs. 537 a 566) quien denominó al Ministerio Fiscal como «Magistratura de Amparo». Término que adquirió gran predicamento en la posterior doctrina. De «magistratura singular» le califica MUÑOZ CALVO, pg. 2164.

563. CONDE-PUMPIDO, C., *El Ministerio...*, op. cit., pg. 52, citando a su vez a MORENILLA RODRÍGUEZ, «El Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal español», en *Documentación Jurídica*, núms. 29-32, enero-diciembre 1981, pgs. 97 y ss.

término «miembros del Poder Judicial» incluido en el segundo párrafo, el encargado de garantizar la reserva de ley de su régimen de incompatibilidades y su independencia. Incluso se argumenta que la redacción del art. 117 CE permite considerar al Ministerio Fiscal como «integrante» del Poder Judicial. En este sentido, el art. 117.3 atribuye la potestad jurisdiccional «exclusivamente a los juzgados y tribunales», pero no dice en su punto 1, que el poder judicial esté «exclusivamente» integrado por jueces y magistrados⁵⁶⁴.

Habría que añadir, como prosigue dicho autor que «integrante de algo es tan sólo una parte que contribuye a formar el todo... luego ha de haber algo más que con los jueces y magistrados integran el poder judicial...» Mantiene dicho autor que de hecho lo hay cuando sistemáticamente cabe observar que el poder judicial está integrado también por otros órganos –prescindiendo por el momento del fiscal–, que ejercen la función de juzgar o la comparten con los jueces y magistrados, para finalmente afirmar que «el art. 117 no puede invocarse para fundar en él una exclusiva pertenencia del poder judicial a los jueces y magistrados»⁵⁶⁵.

Desde el punto de vista de sus criterios de actuación, «en todo caso», tal y como expresamente dice el art. 124 CE, ambas magistraturas actúan bajo los mismos criterios, conforme a la legalidad y teniendo como principio rector la imparcialidad⁵⁶⁶. Lo que se traduce en la necesidad de autonomía en el ejercicio de su función respecto al poder judicial y en una necesidad de independencia frente a los demás poderes del Estado. En palabras de CONDE-PUMPIDO, C., si el Ministerio Fiscal «está sujeto "en todo caso" a los principios de legalidad e imparcialidad, es obvio que no cabe una dependencia de otros órganos o poderes, susceptible de imponerles intereses espurios, parciales o distintos a los consustanciales con esa legalidad, que él mismo tutela y a la que viene sometido por mandato constitucional»⁵⁶⁷.

El Ministerio Fiscal ha dejado de ser un órgano de relación del Gobierno

564. APARICIO CALVO-RUBIO, J., «El Ministerio...», *op. cit.*, pg. 645. Resulta extraño percibir como dicho autor continúa su argumento. El uso del adverbio «exclusivamente» es utilizado únicamente cuando se atribuye la potestad jurisdiccional «a los juzgados y tribunales, con lo que en otras coordenadas, se está expresando también, que el CGPJ no es *stricto sensu*, poder judicial, sino su órgano administrativo de gobierno». En este sentido cabría preguntarse que si dado que el uso del adverbio deja fuera del PJ al CGPJ por no tener potestad jurisdiccional, no excluye también al Ministerio Fiscal.

565. CONDE-PUMPIDO, C., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 50.

566. La crítica italiana a esta teoría, de absoluta aplicación en Italia, es muy abundante. Entre otros autores, la encuentran por ejemplo, muy disfuncional los ya clásicos SPAGNA MUSO, CARNELUTTI o PIZZORUSO –también citados en FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 314–. Lo analizaremos posteriormente a través de su crítica más actualizada.

567. CONDE-PUMPIDO, C., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 54.

con los tribunales, actúa por medio de órganos propios y, en el ejercicio de sus funciones, ostenta una autonomía funcional que no consiente que reciba instrucciones de nadie; el Gobierno es un interesado más, cabe reiterar. Sus funciones de defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos o la de velar por la independencia de los tribunales, encomendadas por mandato constitucional, impiden su dependencia. Y como *custos legis*, como defensor del bloque entero de la legalidad, los principios de unidad de actuación y dependencia son, en términos utilizados por JIMÉNEZ APARICIO, «una exigencia de la necesaria unificación de criterios, como expresión colegiada de la carrera»⁵⁶⁸ que no hacen sino destacar el carácter estatal del Ministerio Fiscal, al igual que el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Rey. Los principios de unidad de actuación y dependencia serían principios organizativos y no de funcionamiento, estando además, en caso de colisión, sometidos a los límites de legalidad e imparcialidad, que «en todo caso», priman sobre los primeros.

El Ministerio Fiscal, según corresponde respectivamente a sus funciones constitucionales, es un *custos legis*, un *defensor civis*, *procurator societatis* y *defensor iudex* de la independencia de los Tribunales⁵⁶⁹.

Es evidente que los elementos contradictorios del art. 124 CE, tanto funcionales como orgánicos, que habíamos subrayado, rescatados por Díez-PICAZO o por MARCHENA, se resaltan en esta concepción siempre desde la misma óptica. Al referirse a la participación del ejecutivo en la conformación orgánica del Ministerio Fiscal, se ponen de relieve sus características más autónomas y frente a su actividad como acusador público, se subraya su papel como defensor de la legalidad. Los autores mencionados no descartan toda relación con el ejecutivo, si bien ésta queda definida y delimitada por las funciones atribuidas a cada órgano. Al Gobierno le corresponde la dirección de la política criminal, mientras que la efectiva promoción del *ius puniendi* del Estado, es competencia del Ministerio Fiscal. Y un dato importante, ambos compartirían el mismo fin: la defensa del interés público. Como señala FLORES PRADA, I., el problema reside en que la colaboración que reclaman dichos autores, incluso la coordinación entre el Ejecutivo y el Ministerio Fiscal, siendo instituciones independientes, llega hasta donde alcanza la voluntad de ambas. Porque como afirma dicho autor, desde los principios de legalidad e imparcialidad «ni existen, ni pueden existir mecanismos que garanticen la efectividad de una coordinación funcional»⁵⁷⁰.

568. APARICIO CALVO-RUBIO, J., «El Ministerio...», *op. cit.*, pg. 643.

569. CONDE-PUMPIDO, C., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pgs. 54-56.

570. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pgs. 320 y 321. Este autor, cuestionando esta postura, expone la cantidad de interrogantes que deja abiertos el planteamiento de una «relación» o «colaboración» entre ambos, en los siguientes términos: «¿Hasta dónde llegan las competencias del Gobierno en materia criminal? ¿Cuál es su límite?»

1.2.2. El Ministerio Fiscal en la órbita del Ejecutivo

Al igual que anteriormente afirmábamos la posibilidad de sostener que la contrarreforma napoleónica trajo consigo un desplazamiento del Ministerio Fiscal hacia su supeditación del Ejecutivo, no es menos cierto que, en la tradición española, no existe un precedente legislativo que suponga la quiebra de una relación de dependencia entre dicha institución y el ejecutivo⁵⁷¹. Y ello, sin perjuicio de que ya con el cambio legislativo producido a través del art. 35 de la LOE de 1967, que viene a sustituir la antigua misión del Ministerio Fiscal de «representar al Gobierno» por la de ser «el órgano de comunicación» entre el Gobierno y los Tribunales, se entendiese en el seno de la institución que semejante misión quedaba matizada y limitada por su sometimiento al principio de legalidad y su obligación de mantener el orden jurídico⁵⁷². Límites que, a nuestro juicio, ninguna de las posiciones doctrinales que exponemos a continuación pretende quebrar.

No obstante, hay que resaltar que dentro de las posiciones favorables a un Ministerio Fiscal en la órbita del ejecutivo, se plantean a su vez muchos matices en cuanto a su alcance concreto. Como expondremos a continuación, el problema no reside en descartar la ubicación del Ministerio Fiscal dentro de la esfera del poder judicial, ni tampoco cuestionar su total independencia, sino que se trata de concretar una relación, *prima facie* de carácter problemático, por cuanto los principios bajo los que esta institución desarrolla sus funciones –legalidad e imparcialidad–, los órganos propios mediante los cuales las ejerce, e incluso la propia función de defensa de la legalidad, no son rasgos que «soporten» fácilmente la dependencia externa.

De este modo, son más frecuentes las posturas que defienden la dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo por exclusión de las restantes posibilidades y por su conexión además con las funciones y principios que se recogen en su regulación constitucional, que aquellas posiciones que lo plantean abiertamente desde un análisis positivo⁵⁷³. No obstante, en lo que todo

¿Cuáles son los cauces de comunicación? ¿Qué ocurre cuando el Ministerio Fiscal no sigue la política criminal que forma parte del programa político del Gobierno de turno? ¿Está el Ministerio Fiscal legitimado para llevar a cabo su política propia política criminal?». El autor hace referencia únicamente algunos de ellos, que como no podía ser de otra manera, tratan de responder más directamente a quienes defienden un Ministerio Fiscal en la órbita del Ejecutivo.

571. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente...*, op. cit., pgs. 34 y ss.

572. CONDE-PUMPIDO, C., *El Ministerio...*, op. cit., pg. 39.

573. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, op. cit., pgs. 286 y 287. De entre los segundos, destacar entre otros este autor, para quien «el rechazo de todo rastro de dependencia respecto al Ejecutivo ha conducido a un desequilibrio, buscando desde una artificial integración en el Poder Judicial la solución a todas las interferencias que provienen del Gobierno. Conviene reconducir tal desequilibrio porque pensamos sinceramente que no es esta la mejor dirección para solventar una polémica que requiere de soluciones coherentes y acordes con el sistema político», pg. 285. En esta misma

este sector doctrinal suele manifestar su acuerdo, y en nuestro caso también, es que los motivos que acompañan a la pretensión de judicializar al Ministerio Fiscal dotándole de las garantías de la magistratura, encuentran su razón de ser –tanto funcional, como orgánicamente–, y de forma demasiado evidente, ante la necesidad de salir de una situación precedente en la que el Ministerio Fiscal se encuentra sometido a la voluntad tendenciosa de gobiernos no controlados ni política, ni jurídicamente⁵⁷⁴. Situación que, para parte de la doctrina no se daría hoy en día, pero que para otros autores supone aún hoy un peligro constante contra la misión de *custos legis* atribuida al Ministerio Fiscal⁵⁷⁵.

Discusión interesante desde la perspectiva de nuestro estudio, ya que sitúa al Ministerio Fiscal holandés en contraposición con el Ministerio Fiscal italiano, respectivamente.

En la parte tercera de este trabajo se analizará la relación entre el Ministro de Justicia y el Ministerio Fiscal holandés. No obstante, conviene resaltar cómo en Holanda, un país sin rupturas constitucionales, de una democracia asentada con tradición de gobiernos de coalición y un parlamento muy fragmentado, se ubica un Ministerio Fiscal que actúa bajo el principio de oportunidad, con cierta independencia interna y que, dependiente del Ejecutivo, ha clarificado sus relaciones con el Ministro de Justicia, aunque no por ello hayan dejado de ser tensas estas relaciones en algunos momentos. No obstante, son los cauces democráticos electorales los que deciden sobre el modo en que semejante relación ha sido ejercida, al haber sido aceptada como tensión propia del juego político⁵⁷⁶.

Italia, dotada de un Ministerio Fiscal configurado bajo el principio de obligatoriedad de la acción penal, independiente del Ejecutivo, ha visto como la Magistratura, al hilo de fenómenos como «*Mani Pulite*» o «*Tangento-poli*» –escándalos políticos de primera magnitud, con gran parte de la clase política implicada– los fiscales y jueces «estrella» se han convertido en los principales garantes de la democracia italiana a ojos de la opinión pública.

posición podemos incluir entre otros autores a CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «El Ministerio Fiscal entre el "viejo" y "nuevo" proceso», *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990; MORENO CATENA, G., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 1997; JIMÉNEZ-BLANCO, A., «Relevancia...», *El Poder...*

574. *Ibidem*, pg. 287. Situación que, a juicio de dicho autor, se suele dar únicamente en períodos políticos de tendencia autoritaria.

575. Como acabamos de ver, para CONDE-PUMPIDO FERREIRO, por ejemplo.

576. BESSELINK, L., entrevista personal mayo 2004, quien además resalta la gran confianza del pueblo holandés en la «rendición de cuentas» democrática.

El descrédito del Gobierno y el Parlamento ha fomentado la necesidad de la independencia del Ministerio Fiscal y de toda la Magistratura italiana por encima de cualquier otra consideración⁵⁷⁷.

En España, la cuestión sigue siendo objeto de polémica y uno de los argumentos por los que ésta se decanta se refiere a la necesidad de clarificar, de una vez por todas, la inevitable relación que han tener el Ministerio Fiscal y Gobierno, con el fin de eliminar las sospechas de influencias espurias que se despiertan cada vez que la relación entre ambos salta a la opinión pública⁵⁷⁸.

Entre los fundamentos constitucionales de derecho positivo que argumenta la doctrina favorable a esta concepción, podemos encontrar los siguientes:

- El artículo 117 de la CE, por el cual, según hemos ya analizado, el Poder Judicial está integrado únicamente por Jueces y Magistrados pertenecientes a los Juzgados y Tribunales encargados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (potestad jurisdiccional).
- El artículo 122 de la CE, que establece con claridad el cuerpo único que forman los Jueces y Magistrados, así como el reconocimiento de un Estatuto propio. De este modo, se descarta la presencia del Ministerio Fiscal en el órgano de gobierno del Poder Judicial, el CGPJ.
- El artículo 124.3 de la CE, que prevé una normativa diferenciada de la LOPJ para establecer el Estatuto orgánico propio del Ministerio Fiscal.
- El apartado 4 del mismo art. 124 de la CE, establece la propuesta vinculante del Gobierno como modo de nombramiento Real del Fiscal General del Estado⁵⁷⁹.

Como se puede observar, la mayoría de dichos preceptos están más encaminados a descartar su integración en el poder judicial que a demostrar su necesaria relación con el ejecutivo. Todo ello sin perjuicio de que la relación orgánica que establece el artículo 124.4 de la CE sea, a nuestro entender, un elemento que cualitativamente distingue y caracteriza la relación del Ministe-

577. Lo que no es óbice para que se hayan levantado muchas voces en contra de esta situación. GUARNIERI, C., *op. cit.*, «I nodi...». Se puede sostener, a juicio de este autor, que cuanto mayor sea la independencia del Ministerio Fiscal, mayor será la influencia política del Poder Judicial. DíEZ-PICAZO, L. M., *El poder de...* se posiciona claramente en contra de que la lucha contra la «criminalidad gubernativa» condicione toda estructura orgánica del Ministerio Fiscal, *op. cit.*, pgs. 85 y ss. y 172.

578. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente...*, *op. cit.*, pg. 345.

579. MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 112.

rio Fiscal con el Ejecutivo, muy por encima del factor homogenizador que la posición judicialista atribuye al nombramiento real previsto para ciertos órganos, todos ellos independientes y de extracción parlamentaria.

Como hemos podido comprobar en los debates constitucionales, la discusión estuvo siempre centrada en el nombramiento del Fiscal General por parte del CGPJ o por el Gobierno, sin ponerse jamás en duda el carácter estatal del órgano supremo de la Fiscalía. Nombramiento o facultad del Gobierno que –como subraya FLORES PRADA, I.– después de que la CE y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) situaran al Ministerio Fiscal en una cierta «*orfandad política*», al primar su autonomía funcional al tiempo que borran las tradicionales fórmulas de comunicación con el Ejecutivo, mantiene de forma constitucional la vinculación entre ambos y descarta su independencia. A lo que habría que añadir los principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación, de los que en cualquier caso, no debe deducirse una suerte de subordinación funcional⁵⁸⁰. Esta «dependencia» o vinculación orgánica, como se hacía notar antes, no significa otorgar legitimación para que el gobierno actúe de modo «grosero» o para su modo de expresión se realice como si de una «orden cuartelera» se tratara, pero es evidente que, como ha resaltado un sector de la doctrina, existen pocas órdenes «más eficaces que las que aparecen preventivamente dadas a través del control de los mecanismos de cobertura de los puestos de dirección e impresas en la articulación jerárquica»⁵⁸¹.

Una posición que esclarece este primer punto de vista es la de JIMÉNEZ BLANCO, al hacer notar, refiriéndose a la dirección de la política interior, que la atribución al Gobierno en el art. 97 CE de algo más que la función ejecutiva, es un título mucho más fuerte para exigir una vinculación más enérgica al Ministerio Fiscal. En este sentido dicho autor continúa su argumentación señalando que cada día sabemos mejor «que, como ha expuesto de relieve recientemente CONDE-PUMPIDO –con cuyas tesis sin embargo no coincido– la política criminal se encuentra inextricablemente unida al conjunto de la política interior (y también, según la experiencia nos muestra, de la exterior),

580. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pgs. 293 y 295. Cabe precisar que, a la vez que se encuentran elementos en el EOMF que pueden ayudar a sostener una visión judicial de la institución (art. 2 por ejemplo) y que aunque tampoco proceda entrar detenidamente en ellos, es posible encontrar también otros preceptos más tendentes a sostener la vinculación con el ejecutivo. Por ejemplo el art. 8 del citado Estatuto, por el que se establece el Gobierno podrá interesar al Ministerio Fiscal para que inicie acciones ante los tribunales, o el art. 36 según el cual el Gobierno nombra a los Fiscales jefes.

581. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «¿Redescubrimiento del Ministerio Fiscal?», *Diario EL PAÍS*, 19 de septiembre 1988.

por lo que difícilmente podrá el Gobierno dirigir ambas si no tiene, en la política criminal, los instrumentos necesarios para el ejercicio de dicha atribución constitucional»⁵⁸².

A esta consideración de la competencia insustituible y nítida que todo gobierno tiene en materia de política criminal, habría que añadir los múltiples problemas que supone ejercer la función acusatoria desligada del ejecutivo, ya se derive su independencia de su pertenencia al poder judicial, o ésta se predique frente a todos los poderes del Estado.

Entendemos que no se puede confundir la naturaleza de la función decisoria con la función de acusar. El ejercicio de poder que reside en la función de los fiscales posee un alto índice de politización y de incidencia social. Aún delimitando esta capacidad a través de la obligación *ex officio* de ejercer la acción penal, el hecho de ejercerla y sostenerla en juicio implica la discrecionalidad propia de todo ejercicio valorativo e interpretativo de circunstancias, hechos, situaciones y de derecho positivo. Es indudable que la naturaleza de las decisiones que ha de tomar el fiscal bajo esta realidad, afecta y conlleva, al menos en la esfera judicial, un determinado programa de política criminal⁵⁸³.

No puede dudarse además el número de ocasiones en la que el ejercicio de la acción penal queda supeditado a consideraciones de mera oportunidad, a consideraciones de interés público –que el MF español debe proteger– que habrá sostenerse en la acusación. Sin perjuicio del carácter prescriptivo de cualquier ordenamiento, existen márgenes de discrecionalidad política que no tienen que ser necesariamente negativos sino, por ejemplo, basados en razones de eficiencia. Siempre existirá escasez de medios humanos y materiales para investigar y perseguir todos los delitos de los que se tiene conocimiento, lo que obligará a descartar algunos y elegir otros. A ello hay que añadir que las democracias más modernas están aumentando de forma casi exponencial su legislación penal. Tratando de mostrar voluntad política y firmeza a la hora de responder contra nuevas formas de desviación social, haciendo creer que gobernar consiste en hacer leyes, esta expansión acaba sobrecargando el trabajo de los fiscales e impide una aplicación efectiva de la ley, que tan sólo podrá aplicarse de manera selectiva. Una legislación contenida, sin embargo, reduce esa carga de trabajo y permite al Ministerio Fiscal concentrarse en los casos más graves⁵⁸⁴.

Ésta es desde luego una postura asumida desde hace décadas en Ho-

582. JIMÉNEZ-BLANCO, A., «Relevancia...», *op. cit.*, pg. 1634.

583. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *op. cit.*, «El Ministerio...», pgs. 392 y ss.

584. Díez-PICAZO, L. M., *El Poder...*, *op. cit.*, pgs. 173 y 174.

landa. La imposibilidad de medios infinitos, así como la imposibilidad del absoluto control social, son dos premisas que han llevado precisamente a dos pilares fundamentales en la política criminal holandesa: Más eficiente es «controlar» algunos delitos que tratar de «combatir» toda conducta ilícita, ligada como hemos visto al «*dutch law in action*». Ese control pasa a veces por la no penalización de determinados delitos y otras por su no persecución⁵⁸⁵. Y es el MP, el órgano fundamental para el ejercicio de esta política.

Incluso desde la estricta consideración de la discrecionalidad técnica⁵⁸⁶, es posible sostener que la actividad llevada a cabo a través de la acción penal, incluso configurada como obligatoria, implica inevitablemente momentos de discrecionalidad que se derivan del hecho de que el Ministerio Público está potencialmente investido del control de todas las acciones realizadas en un cierto espacio de tiempo por quien presuntamente ha cometido una violación de la ley penal. Por lo cual, aunque sea innegable que esta competencia de control ha de resolverse desde el punto de vista técnico a través del acercamiento a los hechos, de la interpretación de la ley y la subsunción del hecho delictivo en la norma –en todo y para todo igual a la función del juez–, es también evidente que no es posible eliminar el ejercicio del poder en la gradación de la profundidad del control y en la elección del tipo penal sobre el que ejercitarlo, junto a los numerosos instrumentos procesales disponibles. Si esto se traduce inevitablemente en un poder sin controles, ámbito en el que los juicios de valor y otras aportaciones personales del fiscal ejercen un papel determinante, se amplía en mucha mayor medida el ámbito de la estricta interpretación jurídica⁵⁸⁷.

585. Las políticas respecto de la eutanasia, la prostitución, o el consumo y la venta autorizada de las drogas «blandas» son algunas las pruebas más evidentes de ello. Al respecto GRAPENDAAL, M., «Legalization, decriminalization and reduction of crime», LEUW Ed. (ed.) and HAEN MARSHALL, I., *Between prohibition and legalization. The Dutch experiment in drug policy*, Wetenschappelijk Onderzoek-en Documentatie Centrum, Ministerie van Justitie (WODC), Kluger Publications, Amsterdam, 1996.

586. Una buena explicación sobre la distinción entre la discrecionalidad técnica y la discrecionalidad política puede encontrarse en DIEZ-PICAZO, L. M., *El poder de...*, op. cit., pgs. 15 y ss. La discrecionalidad puede estar limitada a los aspectos de carácter técnico, esto es, a todos los criterios legales que hayan de tomarse en cuenta y que entran en juego de diferentes formas, así como a la interpretación de las normas que, en virtud de dichos criterios, se convierten en el derecho aplicable al caso; pero también la discrecionalidad puede ampliarse a consideraciones de oportunidad política, con la posibilidad de tomar en cuenta razones o criterios extra judiciales, sobre una base de interés público o de política criminal, en la activación del *ius puniendi* del Estado.

587. PIZZORUSSO, A., «Per un collegamento...», *Publico...*, op. cit., pg. 35. Es abundante la doctrina italiana opuesta a la situación actual de su Ministerio Público, lo hemos resaltado ya en diversas ocasiones, que alude a la diferencia entre la función requiriente y la función acusatoria y por tanto, el error que supone dotarles de las mismas garantías estatutarias o de la misma independencia institucional. Tanto es así, que el juez G. FALCONE afirmaba: «comparto el análisis según el cuál, la falta de controles institucionales sobre la actividad del Ministerio Público aumentará siempre los gra-

La existencia de estos márgenes privativos de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, tiene una influencia directa en elementos clave de la política criminal –prevención, investigación, persecución, enjuiciamiento y castigo de los delitos– que suceden en un momento posterior al legislativo. Ocurren en el ámbito de aplicación, de ejecución de la política criminal que corresponde dirigir al Gobierno y por tanto, cuanto menos, debe atribuírsele también una suficiente capacidad de control y maniobra sobre los factores determinantes del resultado, que permita asumir la responsabilidad política que corresponda. De otro modo, y como de hecho sucede en determinados momentos de la política española, la responsabilidad atribuible al Ejecutivo es solamente presupuestaria o policial.

Por otro lado, extender al Ministerio Fiscal un concepto de independencia como el que corresponde al Poder Judicial –pues no es otra la cuestión que supone su integración en el poder judicial o su total independencia– produciría además una clara confusión entre la función requirente y la decisoria. ¿No están de hecho siendo tratadas como análogas y en virtud de lo cual se equipararían los Estatutos de Jueces y Fiscales? Si el principio acusatorio es una piedra angular del proceso penal en el Estado de derecho, ello se debe al hecho de que la realización de una actividad positiva que implica iniciativas propias en dicho sentido, incapacita para juzgar desde criterios exclusivos de legalidad y de la más estricta imparcialidad. La predeterminación constitucional del juez y su obligación de dictar sentencia, es decir, su naturaleza de órgano reactivo y no activo⁵⁸⁸, el previo establecimiento de los parámetros de legalidad en los que el magistrado ha de basar su actividad y decisión, son márgenes mucho más estrechos de acción –lo son sólo de reacción– que la etérea y amplísima legalidad en la que supuestamente ha de anclarse en exclusiva el Ministerio Fiscal⁵⁸⁹. La defensa de la legalidad atribuida al Ministerio Fiscal por la CE nada tiene que ver con un fiscal independiente, predeterminado por la ley, que debe actuar procesalmente cuando así se requiera.

Cabe preguntarse entonces si la promoción de la acción de la justicia en

ves peligros que las influencias informales y las relaciones ocultas con centros de poder ocultos puedan ejercer sobre tal actividad». Y todo ello, unido a la consecuencia de que «la imagen de la justicia, tempestiva sólo en los casos de poca relevancia social y muchas veces tardía en los episodios de elevada peligrosidad, se revela ante la opinión pública como una locura variable del sistema». FALCONE, Giovanni, «Sulla obbligatorietà dell'azione penale», *Accusa Penale e ruolo del Pubblico Ministero*, Atti del Convegno-Perugia 20-21 aprile 1990, cord. GAITO Alfredo, Jovene Editore, Nápoles, 1991. En este mismo sentido se expresan ZAGREBELSKY o DOMIONI; «Per un...», *op. cit.*

588. La distinción entre órganos reactivos y activos puede verse en Díez-PICAZO, L. M., *El poder de...*, *op. cit.*, pg. 176.

589. De «absurdo político» califica esta situación ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *op. cit.*, pg. 393.

defensa de la legalidad puede ejercitarse o corresponde ejercitarla al Ministerio Fiscal bajo el arbitrio de su sola, única y particular interpretación, o si por el contrario, precisa del impulso, coordinación o control del poder del Estado coautor de esa misma legalidad, y básicamente responsable de «materializar un indudable interés en evitar que se conculque la legalidad que surgió como fruto de sus propias funciones constitucionales». Si se opta por la primera vía, el fiscal se convertiría en un «prejujgador de la ortodoxia o heterodoxia de la legalidad, bastando su particular valoración para incitar la actuación del poder judicial»⁵⁹⁰, que es como actúa en definitiva el fiscal italiano, situando a los poderes legislativo y ejecutivo al margen de la misma legalidad que ellos mismos crearon.

A juicio de los autores que mantienen con firmeza la necesidad de una relación entre el ejecutivo y la fiscalía, la política criminal, como cualquier otra política pública implica opciones. La no atribución de facultades de dirección y coordinación al Gobierno, supone la renuncia a una política criminal mínimamente coherente, o peor aún, una delegación de dicha política en funcionarios políticamente irresponsables cuyas directrices de actuación no son conocidas de antemano y cuyo comportamiento puede ser, por consiguiente, errático⁵⁹¹.

Ésta es desde luego una visión presente en la doctrina holandesa. Por otra parte, esta última situación se extremaría en Italia. El Ministerio Fiscal italiano es independiente, pero además tiene atribuido el monopolio de la acción penal, así como la instrucción. La crítica hacia el oscurantismo de la política criminal que *de facto* aplican discrecionalmente las fiscalías ha sido verdaderamente contundente⁵⁹². Y de hecho, como ya hemos señalado, es posible sostener que existe un fiscal predeterminado por la ley. Lo cual crea problemas de «personalización» dentro de las fiscalías.

Situados en este punto, es necesario determinar la naturaleza y contenido de esa relación «obligada» entre ambos órganos. Y es aquí, donde las posturas que conciben un Ministerio Fiscal dependiente del ejecutivo y aquellas más eclécticas, se separan.

Las posturas más radicalmente ejecutivas hacen derivar la legitimación democrática del Ministerio Fiscal de su vinculación con el Gobierno. Si se concibe la democracia desde una visión jacobina, las decisiones públicas de

590. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente...*, *op. cit.*, pgs. 152 y 153.

591. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 297.

592. Sólo recientemente se han publicado los criterios de actuación de alguna fiscalía «modelo». *Vid.* MANNUCCI, Illo, «L'organizzazione della Procura della Repubblica di Torino: criteri di priorità o esercizio discrezionale dell'azione penale?», *Quest. Giust.*, 2000.

incidencia social habrían de tomarse por órganos cuyos titulares tienen una conexión más o menos directa con la elección popular. Considerando que la legitimación mediata del Ministerio Fiscal recorre demasiado camino para un órgano activo –y no reactivo–, en ese sentido, la legitimación de los jueces sí se cohonestaría con una legitimación mediata a través de la aplicación exclusiva de la ley aprobada por órganos directamente elegidos –ficción por otra parte escasamente convincente dentro del MF–, la legitimación política de su actividad –por fuerza discrecional en gran parte– sólo puede sostenerse desde su dependencia del poder ejecutivo. Retomando a FLORES PRADA, I., el Gobierno es quien legitima democráticamente la actuación del Ministerio Fiscal mediante los mecanismos de relación, colaboración y coordinación entre el Fiscal General del Estado y los objetivos de la política criminal del Ejecutivo⁵⁹³.

El énfasis se colocaría entonces en la relación del Fiscal General del Estado y el Gobierno. Si es matizable o autónoma la posición del Ministerio Fiscal desde el punto de vista de su estatuto funcional⁵⁹⁴, la vinculación orgánica queda fuera de toda duda a través del nombramiento de la cabeza de la institución por parte del Gobierno. No cabe duda de que si el Ministerio Fiscal ha de seguir unas líneas de actuación coherentes con la política criminal marcada por el Gobierno, es perfectamente lógico que se nombre a una persona de confianza que comparta sus postulados políticos⁵⁹⁵.

593. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 369. También razona de este modo GARCÍA MORILLO, para quién la función estatal del Ministerio Público sólo puede ejercerse con sujeción al pueblo soberano. GARCÍA MORILLO, «La legitimación democrática del Ministerio Fiscal», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 85, 1998.

594. Esta es desde luego la idea que late en toda la posición que hemos expuesto hasta este momento en este apartado. La autonomía funcional, como concepto perfectamente distinguible de la independencia judicial, está perfectamente definida por LÓPEZ AGUILAR, J. F., sería «el haz de facultades y de potestades típicas de todo órgano estatal del que sus titulares disponen para el acometimiento de funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye de forma distintiva y específica, y para cuyo ejercicio no necesitan, por tanto, de un mandato singular, determinado y concreto, respecto de cada ocasión que les compete actuar». LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia...*, *op. cit.*, pg. 176.

595. Sin perjuicio de que se considere que el nuevo Estatuto revoca la capacidad de cese atribuida al Gobierno, lo que cambiaría de hecho su relación con el Fiscal General, no cabe duda de que en el art. 124.4 CE, se está reconociendo una capacidad de libre designación al Ejecutivo. Esa capacidad ha quedado definida por la jurisprudencia del TS de la siguiente manera: «La ley, cuando delimita los cargos de libre designación, está haciendo posible que la Administración ejercite su potestad organizatoria, nombrando para los puestos de dicha clase a la persona en quien la autoridad competente estima que concurren las condiciones necesarias para el desarrollo de los fines públicos que persigue, y que le ofrece una especial confianza para ello, circunstancias que lógicamente varían según el momento en que se produzca el nombramiento y las personas que ejerzan la autoridad llamada a verificar tal nombramiento que, en un sistema democrático, pueden pretender en momentos distintos de tiempo, finalidades diferentes en razón de su ideología». STS 10 de enero de 1997.

Ya habíamos mencionado la efectividad que se desprende de la capacidad de nombramiento, cuando se trata de imponer voluntades y dar órdenes⁵⁹⁶. Si a ello se añade que el Ministerio Fiscal español está basado en los principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación, el nombramiento de la cabeza rectora de la institución extiende sin barreras la influencia del Gobierno al conjunto de la misma. Y por último, la legitimación democrática de los propios fiscales, de cada fiscal, residiría en su dependencia del Fiscal General, único responsable de la actuación de cada uno de ellos.

No hay una mayor unidad orgánica posible que la que residencia todo un órgano en un solo individuo. Esta es la idea que inspira según estos autores a la organización administrativa de la Fiscalía. En este sentido, el único órgano real de la institución sería el Fiscal General del Estado, que deviene único para todo el Estado. Y para no renunciar a esta unidad personal organizativa, en aquellos momentos en donde resulta imposible que no haya una desconcentración de funciones y de órganos, surge la figura de la delegación dentro del Ministerio Fiscal. Cada Fiscal actuaría legitimado por una delegación del Fiscal General para actuar en representación suya y en su nombre⁵⁹⁷.

1.2.3. *Posturas más eclécticas o intermedias*

Desde la perspectiva que se acaba de exponer, la relación entre el Ejecutivo y el Ministerio Fiscal adquiere unas potencialidades muy extensas. Pocos límites legales pueden imponerse a quien es titular de la legitimación democrática. No obstante, otras posturas matizan esta vinculación. Exento el Ministerio Fiscal de la necesidad de legitimación democrática directa, tal y como nos hemos atrevido a sugerir aquí, la relación entre ambos debe quedar contenida en una capacidad de control integral sobre la institución.

En opinión de Díez-PICAZO, el tipo de razonamiento anterior deja de lado una cuestión fundamental: por muy activa que sea una institución en su aplicación de las políticas públicas, el Estado de derecho le obliga a actuar bajo la objetividad de las exigencias de legalidad. Y en este sentido, la CE es muy explícita en su mandato a todas las administraciones públicas de servir con objetividad al interés público⁵⁹⁸ (art. 103 CE). En la democracia constitucional, la limitación y el control de los poderes –del Gobierno y del Ministe-

596. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.; «¿Redescubrimiento...?», *op. cit.*

597. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente...*, *op. cit.*, pgs. 296 y ss.

598. El art. 103.1 de la CE establece explícitamente: «*La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*».

rio Fiscal— es un elemento de igual importancia que la voluntad popular, cuyas decisiones tomadas por mayoría son controladas por el propio Estado de derecho.

Esta perspectiva es escasamente compatible con visiones radicales sobre la legitimidad democrática. Lo que ha de estar legitimado democráticamente es el sistema político en su conjunto y no necesariamente cada una de sus instituciones. La clave para equilibrar la relación entre ambas instituciones habría de hacerse en términos negativos: el Gobierno debe orientar globalmente la actuación del Ministerio Fiscal en todo aquello que excede de la mera ejecución de las leyes y no tener a su disposición una institución instrumental que podría hacer peligrar la objetividad con la que los fiscales han de aplicar la legalidad⁵⁹⁹.

Se trata de entender desde esta perspectiva que la capacidad del Gobierno alcanzaría a trazar las directrices en la lucha contra la delincuencia y, en cada momento preciso, orientar a los órganos investigadores. En resumen, la política criminal contendría la coordinación, el orden y la forma de practicar las investigaciones. Y quedaría excluido de dicha facultad, cualquier intervención en negativo; es decir, la posibilidad de instar a la inacción al Ministerio Fiscal, cuya acción penal está basada en criterios de legalidad que a sólo a él le corresponde valorar⁶⁰⁰. Por cierto ésta fue una cuestión muy debatida en Holanda y estuvo centrada en la dicotomía de si debe tener el Gobierno la capacidad de instar al Ministerio Público a la inacción, o tan sólo a actuar. Se decidió que ambas, si bien como tendremos ocasión de analizar más detenidamente, el tipo de directrices que se refieren a la primera de las cuestiones están sometidas a un control mayor.

ANDRÉS IBÁÑEZ se aparta también del argumento de legitimidad democrática, cuando de forma un tanto ácida se expresa del siguiente modo: «Se ha contra-argumentado en base a la supuesta mayor legitimidad democrática que podría representar la dependencia directa de un gobierno nacido del sufragio, de la que goza el fiscal y no así el juez. Una idea original, que abre importantes expectativas en lo jurisdiccional a los comandantes de puesto de la Guardia Civil, propongo por ejemplo»⁶⁰¹. Dicho autor muestra de manera clara, aunque irónica, hasta donde puede llegar el argumento llevado al extremo.

Otra de las opiniones a nuestro juicio más interesantes y novedosas es la

599. DÍEZ-PICAZO, L. M., *El poder de...*, *op. cit.*, pgs. 177, y 178.

600. VIVES ANTÓN, Tomás S., «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en Jornadas sobre justicia penal en España (Madrid 24 a 27 de marzo de 1987). *Poder Judicial*, núm. especial II, Madrid 1988, pg. 100.

601. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.; «¿Redescubrimiento...?», *op. cit.*

que mantiene LÓPEZ LÓPEZ, quien distingue la legitimación política del Fiscal General del Estado de la del Ministerio Fiscal como institución. Señala este autor en primer lugar, la escasa sorpresa que debería producirnos la «ósmosis» competencial que se produce entre el Ministerio Fiscal y Gobierno. Éste sería un proceso que ha afectado a todas las instituciones públicas del Estado. No puede dudarse de la relación que en materia legislativa existe entre el ejecutivo y el legislativo. Pero incluso el poder judicial emite informes sobre determinada legislación y la controla a través de las cuestiones de inconstitucionalidad, y mediante el principio de justicia material se atreve individualmente a dejar sin efecto preceptos legales. En segundo lugar, descartado por evidentes razones que el Ministerio Fiscal no es poder legislativo y considerando que entre sus misiones no se encuentra la de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», lo que le excluye del Poder Judicial, hay que convenir que se trata de un organismo perteneciente a la Administración del Estado –por lo tanto poder ejecutivo– al que el ordenamiento jurídico le reconoce específicas singularidades administrativas. Fundamentalmente, autonomía funcional, ya que los fiscales son un cuerpo especial de funcionarios que con su actuación profesional condicionan el correcto ejercicio del poder judicial.

Dicho esto, la legitimación del Ministerio Fiscal no se ampara en la legitimidad del gobierno que ha sido democráticamente elegido en las urnas. La legitimación procesal de la fiscalía para actuar, nada tiene que ver con el principio democrático de la representación popular. Una magistratura y una fiscalía burocráticas ni son elegidas mediante votación, ni pueden ser cesadas por el gobierno de turno. Su legitimación procesal poco puede tener que ver con estos procesos electorales. Es el cumplimiento de las leyes penales, orgánicas y procesales en vigor lo que le permite a cada fiscal sostener la acusación en un proceso; y no la legitimación democrática del Gobierno o un acto político del Ministerio de Justicia.

Son los órganos políticos del Estado –y el Fiscal General del Estado lo es– los únicos que precisan de legitimación democrática (cuasi-directa); los demás órganos de la administración existen y actúan porque así lo prevé una ley previa. Reclamar para el Ministerio Fiscal este tipo de legitimaciones significa confundir la institución con quien la preside. El Fiscal General del Estado, como todo órgano político de confianza, sí participa de la legitimación democrática del Gobierno, que discrecionalmente lo nombra y lo destituye. Como afirma LÓPEZ LÓPEZ «una cosa es el Fiscal General del Estado y otra muy distinta el Ministerio Fiscal». En este caso, continúa argumentando dicho autor, la supuesta delegación de funciones dada por el Fiscal General del Estado para que actúen los fiscales, «no pasa de ser una especie de subdelegación interna que carece del más mínimo relieve jurídico»⁶⁰².

602. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio..., op. cit.*, pgs. 98, 99 y 210.

Que el Fiscal General del Estado sea un órgano político de confianza del Gobierno no significa que todos los fiscales lo sean. Primero, porque la carrera fiscal está compuesta por un cuerpo de funcionarios sujetos a derecho administrativo que, dotados de una mayor o menor autonomía, adquieren responsabilidad no por las decisiones discrecionales del Gobierno, sino con arreglo a las normas jurídico-estatutarias que les gobiernan.

Para LÓPEZ LÓPEZ, según el diseño constitucional establecido, la responsabilidad político-administrativa del Ministerio Fiscal tiene tres estadios sucesivos y perfectamente diferenciados:

- el primero es el exigible a los Fiscales, que como funcionarios públicos son responsables administrativamente del ejercicio de sus funciones ante sus superiores jerárquicos;
- el segundo se refiere al Fiscal General del Estado, que responde de su gestión ante el Gobierno que lo ha nombrado al frente de la Institución;
- y el tercero es el que corresponde al Gobierno, responsable ante el Parlamento de la actuación del Ministerio Fiscal⁶⁰³.

Desde dicha perspectiva, considerando que los miembros del Ministerio Fiscal no son *uti singuli* responsables ante el Parlamento, conviene entonces reflexionar y precisar la relación entre el Gobierno y el Fiscal General del Estado, sus contenidos y los límites de la responsabilidad política que ha de corresponder a cada uno⁶⁰⁴. No obstante, una vez determinada esta relación, a juicio de LÓPEZ LÓPEZ, es fundamental recordar que no es el nombramiento de los cargos directivos del Ministerio Fiscal por parte del Gobierno la única causa, ni la más determinante, de la siempre temida instrumentalización de la Fiscalía por el Ejecutivo. Más relevante es su propia configuración orgánica, que si es rígida, dependiente y burocrática, difícilmente podrá cumplir con las misiones que le asigna el art. 124 CE. Un Ministerio Fiscal ágil, participativo y permeable a las necesidades sociales, es absolutamente necesario para cumplir con las expectativas constitucionales.

603. *Ibidem*, pgs. 268 y 269.

604. De «pintoresca» califica FLORES PRADA, I. –con el apoyo de LÓPEZ LÓPEZ, M., en este caso– la actual responsabilidad política del Gobierno por el funcionamiento del Ministerio Fiscal, «basada en actuaciones ajenas y construida exclusivamente sobre la llamada *culpa in eligendo*. La concentración de las facultades de dirección en el Fiscal General del Estado, junto al elevado grado de autonomía con que desempeña sus funciones, coloca al Gobierno en una posición extraña a la actuación del Ministerio Fiscal, que ciertamente hace difícil el razonamiento y la motivación a la hora de justificar su cese. Sin embargo, la transparencia en esta decisión gubernamental es absolutamente imprescindible si no quiere sembrar de dudas la destitución de la cabeza del Ministerio Fiscal». FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 650.

Por último, y por su novedad, merece la pena resaltar aquí brevemente la postura sostenida por MARTÍN-CASALLO recientemente⁶⁰⁵. Para este autor, el Ministerio Fiscal, funcionalmente hablando, se encuentra en «tierra de nadie». Sin que ello suponga necesariamente una ventaja o un inconveniente, por su posición constitucional, por las funciones que se le encomiendan, tiene una naturaleza indefinida, que, sea la que sea, será perfectamente aceptable siempre que, de ello, no se derive una limitación del mandato que tiene atribuido. Pues bien, asumido que, en virtud de los principios constitucionales y sobre todo de las funciones que la CE le encomienda el Ministerio Fiscal, no es directamente «dependiente» del Ejecutivo, la existencia de una relación, sea del tipo que sea, tiene como requisito la existencia de una «alteridad». Desde ese mismo momento, ambos no pueden tener la misma naturaleza.

A ello hay que añadir la capacidad constitucional del Ministerio Fiscal de proceder en contra de las decisiones del Gobierno y de la Administración cuando supongan una vulneración de los principios fundamentales que ha de tutelar, «esa posibilidad de estar a favor o en contra del Gobierno y de la Administración que hace que también sea distinto a ellos»⁶⁰⁶. Y para reforzar su argumento, aventura este autor una previsible legislación futura referida a la participación del poder legislativo en el nombramiento del Fiscal General del Estado, a través de la comunicación de la propuesta de nombramiento del Gobierno, «a fin de que pueda disponer la comparecencia de la persona elegida ante la Comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su reglamento»⁶⁰⁷. Con lo que se completaría la participación de todos los poderes en el nombramiento del Fiscal General del Estado, hecho que ya se ha producido (art. 29 Ley 24/2007 de modificación del EOMF).

Se suma MARTÍN-CASALLO a la opinión de LÓPEZ AGUILAR, J. F., considerando que el Ministerio Fiscal es un específico órgano del Estado, que contribuye a la realización de la potestad jurisdiccional por mediación del impulso de la «acción de la justicia», y que, a su vez, es extraño a la acción judicial. En definitiva, el Ministerio Fiscal es independiente del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo, como se desprende del hecho de que está dotado de una estructura de «medios humanos y materiales distintos y extrañados» de ambos poderes. Se trata por tanto de un «órgano constitucionalmente relevante, de un órgano específico del Estado encargado de postular ante el Poder

605. MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, José Antonio, «El modelo constitucional del Ministerio Fiscal. Principios orgánicos y funcionales. El principio de dependencia jerárquica» (*Separata*) *Curso de verano de la UIMP, «Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal»*, 21, 22 y 23 de agosto de 2006, Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado.

606. *Ibidem*, pg. 6.

607. *Ibidem*.

Judicial aquellos criterios que sustenten los representantes del Ministerio Público sobre la interpretación de las leyes, especialmente en materia de política criminal»⁶⁰⁸. No obstante, tampoco es *per se* un poder independiente. Los pilares clave de la institución son su «autonomía funcional y conceptual» y sus «órganos propios»⁶⁰⁹.

2. EL MINISTERIO FISCAL ES UN ÓRGANO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

Refiriéndonos a los modelos institucionales que estamos analizando, es posible que el Ministerio Fiscal español sea el que comparativamente presente mayor complejidad, presumiblemente quizás por su riqueza constitucional. No cabe duda de que el constituyente español puso más empeño, aunque no siempre con tanto acierto, en configurar una verdadera institución constitucional capaz de afrontar importantes y diversas misiones en el ámbito jurisdiccional⁶¹⁰. Los principios y rasgos esenciales que acompañan a dicha institución son fuente de discusión, pero han demostrado tener al mismo tiempo una base sólida y suficientemente flexible para que la Fiscalía española haya sido y se muestre como una institución perfectamente inte-

608. *Ibidem*, *op. cit.*, pg. 7. De la misma opinión es también CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., para quien «la CE rompió con un Fiscal definido hasta entonces como mera herramienta de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales. Y en su lugar concibió un órgano constitucional autónomo, situado en el ámbito jurisdiccional, pero sin integrarse en ninguno de los poderes del Estado. Un órgano que de manera inexcusable debe ajustar su acción a los principios de imparcialidad y legalidad, y dirigirla a los objetivos de defensa del interés social y de la tutela de los derechos individuales y colectivos». CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «El Ministerio...», *op. cit.*

609. LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia...*, *op. cit.*, pg. 182. A nuestro juicio, a la opinión de este autor le sucede lo mismo que a la de CONDE-PUMPIDO, C., pero en sentido contrario. Mantiene LÓPEZ AGUILAR, J. F., que el Ministerio Fiscal es un órgano autónomo, cuya misión, promover la acción de la justicia por medio de órganos propios, debe tener una definición objetiva y funcional por ley. A estos perfiles institucionales escuetos, añade la relación constitucional entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno, siendo un claro defensor de la capacidad de impulso –y por tanto también la responsabilidad– del Ejecutivo sobre la acción de la Justicia, pues las misiones que el art. 124.1 CE establece son, en su parte sustantiva, la traducción jurídico-procesal y forense de las responsabilidades del Gobierno en la determinación y defensa en sede jurisdiccional de la misma, así como del interés general tutelado por la ley. En definitiva, el Gobierno ha de tener acceso a una institución medial que pueda promover la acción de la justicia ante los tribunales. En este sentido, no apreciamos ninguna diferencia con las posturas ejecutivas no radicales, y su calificación de órgano autónomo, independiente de todos los poderes, no tiene pues una materialización práctica en la relación que dicho autor defiende entre el Ejecutivo y el Ministerio Fiscal.

610. Lo cual hace no es extraño en nuestra Constitución, que también define las atribuciones del Gobierno (arts. 97 y ss.), de la Administración (art. 103), del Poder Judicial (art. 117) o del propio Tribunal Constitucional (art. 161), si bien en este caso no habla de misiones sino simplemente de funciones.

grada en el Estado de derecho⁶¹¹, cuyo papel en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en el ejercicio de sus distintas funciones ha devenido esencial en nuestro sistema.

Frente al modelo holandés o el italiano, nuestra institución presenta sin duda algunas carencias, pero también incorpora algunas cualidades o virtudes fundamentales. Y, en este sentido, es fundamental hacer notar, por ejemplo, que ni el principio de legalidad constitucional ha impedido la introducción de la oportunidad reglada, ni el principio de imparcialidad la atribución de la investigación penal al MF en el ámbito de la legislación penal de menores⁶¹². El hecho de que la Constitución española atribuya al Ministerio Fiscal la misión de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y el interés público tutelado por la ley... así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social», puede que suponga un cierto galimatías conceptual, una yuxtaposición de funciones⁶¹³, tenga un carácter redundante⁶¹⁴ o impreciso⁶¹⁵. No obstante, supone sin duda una auténtica y cuali-

611. Ello no quiere decir que dicha institución no carezca de crítica o conflictividad en el escenario político y mediático. También lo es a nivel comparado. Como hemos señalado, la relación de la Magistratura italiana con la clase política es muy conflictiva; por su parte en el caso holandés, la fuerte intervención social provoca muchas situaciones que se ciñen al ámbito del debate y la discusión en la opinión pública, aunque sería erróneo calificar de conflictiva una institución perfectamente asumida, política y democráticamente en Holanda.

612. Aunque por influencia alemana se suele asimilar los conceptos de legalidad y obligatoriedad, en nuestro ordenamiento están perfectamente diferenciados. Mientras el principio de legalidad de la acción penal determina su objeto y es de rango constitucional, la obligatoriedad es un mandato legal relativo a su ejercicio. Está expresamente reconocido en el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). En este contexto, el principio de legalidad no es necesariamente sinónimo de obligatoriedad de la acción penal siempre que se esté en presencia de una *notitia criminis* como sucede en Italia. El hecho de que no estén equiparados en el ámbito constitucional, tiene la importante consecuencia de que la propia legalidad puede prever ciertos márgenes de discrecionalidad en la acción penal. Así ocurre en el art. 18 LO 5/2000 reguladora de la legislación penal de menores titulado «Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar» y que dispone lo siguiente:

«El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley».

613. MARCHENA, M., *El Ministerio...*, op. cit., pg. 101.

614. MORENILLA RODRÍGUEZ, José M., «El Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal español», *Documentación Jurídica*, núms. 29-32, enero-diciembre, 1981, pg. 96.

615. Díez-PICAZO, L. M., *El poder de...*, op. cit., pg. 165.

ficada garantía institucional en relación a la función de ejercer obligatoriamente la acción penal que establece el art. 112 CI en el caso italiano; o la del hecho de ser responsable de «la aplicación de la legislación criminal y de otras tareas encomendadas por ley» que se establece en el art. 124 RO, en el supuesto del MP holandés⁶¹⁶. Para lo bueno y lo malo, el Ministerio Fiscal español es una institución cuya existencia y rasgos básicos quedan determinados constitucionalmente. Y en este sentido, siendo a nuestro juicio una ventaja frente a la situación italiana y holandesa, no obstante, resulta preciso promover una reconciliación entre las distintas cualidades que le están atribuidas.

El primer intento de reconciliación ya les adelantamos que será baldío. Nos gustaría acertar y poder marcar una línea de discusión que tienda a promover el acuerdo de la doctrina acerca de la naturaleza y la posición orgánica del Ministerio Fiscal. Y aunque presumimos que eso no resulta posible, pretendemos aportar nuestras reflexiones en torno a un debate que ha sido y es fundamental en el Ministerio Fiscal español.

Más aún cuando puede realizarse alguna nueva consideración al respecto, gracias a las nuevas aportaciones realizadas por legislador. La nueva Ley 24/2007 de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ha supuesto una nueva redacción del art. 2.1 del EOMF, destinado en principio a definir la naturaleza orgánica del Ministerio Fiscal y que ha quedado redactado de la siguiente manera:

«El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía en el Poder Judicial, y que ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad».

Lo cierto es que este nuevo atributo del MF, en su calidad de «órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia», no resulta de fácil valoración. Y ello en base a dos consideraciones.

Se trata, en primer lugar, de una modificación de carácter legislativo. En este sentido, su naturaleza constitucional no tiene por qué considerarse modificada. Prueba de ello es que la expresión «integrado en el Poder Judicial». ha sido siempre objeto de discusión e incluso, objeto de «descalificación» por algunas teorías que defienden una naturaleza del órgano alejada del poder judicial. Nada impide que lo mismo le suceda a esta nueva fórmula.

616. Art. 124 RO: «*The Public Prosecution service is charged with criminal law enforcement of law and order and with other tasks determined by law*». Traducción del holandés: Universidad de Utrecht.

Es además bastante ambigua, pues no es fácil reconocer que quiere decirse mediante el uso de la fórmula «relevancia» constitucional, respecto de un órgano que efectivamente está previsto en la Constitución. Cabe preguntarse acerca de las razones por las que no se le califica simplemente como un órgano constitucional, con personalidad jurídica propia. Tampoco se ha operado una reforma de tanto calado como para no considerar que estos términos de la ley modifiquen escasamente la realidad de la posición orgánica del MF. Es decir, resulta lógico pensar que la «relevancia» constitucional y la posición orgánica del Ministerio Fiscal no han variado un ápice con respecto a la regulación anterior. Tal vez resulte más significativa la atribución expresa de personalidad jurídica propia, al ser más precisa. Y aunque resultaría cuestionable argumentar que el MF carecía de personalidad jurídica propia antes de esta ley, es cierto que este reconocimiento ha permitido establecer nuevas actuaciones del órgano y relaciones con otros órganos que hubiesen planteado problemas de titularidad bajo el anterior Estatuto. Reforma que además ha tenido alguna relevancia orgánica mayor, como tendremos ocasión de analizar al abordar la organización del MF.

La segunda de las consideraciones aludidas con anterioridad, se refiere a si el legislador pretendía precisar más la naturaleza del órgano a través de dichos términos, cuestión que resulta difícil dilucidar de qué modo lo ha hecho. La nueva expresión continúa conviviendo con la vieja «integración en el poder judicial» de sus orígenes estatutarios. A nuestro juicio, bien podría haberse eliminado al dotar al MF de relevancia constitucional y personalidad jurídica. En este sentido, debemos preguntarnos cuál es la finalidad que justifica el hecho de que continúe integrado en el poder judicial, así como las funciones que incorpora y el significado que tiene para el Ministerio Fiscal su integración en el poder judicial. La convivencia de estas dos características orgánicas debería llevarnos a una interpretación integradora de ambas, lo que conlleva en realidad un amplio margen para la discusión.

Sin embargo, del debate parlamentario durante la tramitación parlamentaria de la reforma del EOMF no cabe extraer explicaciones o claves significativas. Por su brevedad lo reproduciremos, pues tan escuetas referencias, cobran, a nuestro juicio, más valor.

El texto actual fue fruto de la enmienda número 13, presentada en la Comisión del Congreso por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida⁶¹⁷. Su redacción no figuraba en el proyecto del Gobierno. El Grupo Parlamentario Socialista presentó a su vez la enmienda número 113, idéntica a la ante-

617. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 118-10, de 04/04/2007. Pueden encontrarse sin dificultad en www.congreso.es

rior, a excepción de la referencia «propia» en el término de «personalidad jurídica». No obstante, la redacción transaccional reprodujo el texto propuesto inicialmente en la enmienda 13, que fue aprobado por unanimidad y que a su vez fue incorporada en el Dictamen de la Comisión sin que se produjeran más modificaciones o tan siquiera debate en los diarios de sesiones correspondientes. Sí fueron distintas sin embargo sus motivaciones. Para la formulación de la enmienda de izquierda unida, la justificación fue la siguiente: «Garantizar la autonomía e independencia del Ministerio Fiscal, otorgando personalidad jurídica propia al mismo». En la propuesta de la enmienda socialista, constaba lo siguiente: «Pretende dotar al Fiscal de la imprescindible capacidad de acción en su relación con otras instituciones».

Cabe subrayar una considerable diferencia de enfoque entre ambas. Desde luego la primera, a nuestro juicio, es bastante desafortunada, al asimilar dos conceptos distintos que precisan de tantos matices. La motivación que acompaña a la segunda, se corresponde perfectamente con las nuevas atribuciones con las que se ha dotado al MF en el nuevo EOMF⁶¹⁸. Se pretende además, un alcance de mucho menor calado que la significada por la enmienda 13. No obstante, fue este último texto el que finalmente se adoptó, quizá porque simplemente no establecer que la personalidad jurídica era «propia», carecía de sentido.

En todo caso, en el debate parlamentario, será únicamente la diputada Navarro Casillas⁶¹⁹, en representación del Grupo Parlamentario de IU-ICV,

618. Nos estamos refiriendo al art. 11.3: «Los miembros del Ministerio Fiscal colaborarán con las Comunidades Autónomas que ostenten competencias en materia de Justicia para la efectividad de las funciones que éstas ostentan en materia de medios materiales y personales al servicio de la Administración de Justicia y participarán en los órganos de colaboración que en el ámbito territorial de éstas se constituyan entre los distintos operadores e instancias implicados en la Administración de Justicia con el fin de analizar, debatir y realizar estudios sobre materias relacionadas con la Administración de Justicia. Se podrán celebrar convenios con las Comunidades Autónomas previa autorización del Fiscal General del Estado». Como cabe observar es un importante precepto que afecta a la «desconcentración» del MF. Tendremos ocasión de analizarlo, simplemente anticipar aquí que, a nuestro juicio, la desconcentración no ha supuesto pérdida de unidad, pues el principio de jerarquía no ha sufrido modificaciones.

619. Hay que hacer notar que la parlamentaria matiza y precisa la motivación de la enmienda, al referirse en términos de «una mayor autonomía e independencia en el desarrollo de sus funciones». También cabe subrayar el hecho de que omite, no sabemos si deliberadamente, el término «relevancia» y se refiera al MF directamente como «órgano constitucional». Su transcripción literal sería la siguiente: «En cuanto a las enmiendas que se mantienen vivas después de la ponencia, queremos manifestar que el objetivo de éstas ha sido garantizar una mayor autonomía e independencia en el desarrollo de las funciones del Ministerio Fiscal, independientemente del Gobierno de turno. Por eso hemos alcanzado un acuerdo en cuanto a la primera enmienda, la número 13, que es de gran relevancia, al otorgar por fin la categoría de "órgano constitucional con personalidad jurídica propia" al Ministerio Fiscal, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial. Los portavoces tienen a su alcance las transaccionales. El objetivo, como digo, es que tenga una nítida natura-

quien se refiera al significado de dicha enmienda en la Comisión del Congreso, resaltando dos novedades que, en su opinión, introducía dicha propuesta referida la demanda por parte de los fiscales de contar con «una nítida naturaleza propia» para mejorar el ejercicio de sus funciones y de este modo relacionarse con otros organismos con mayor autonomía⁶²⁰. A su vez, el único párrafo del Preámbulo de la ley que se refiere a esta nueva «personalidad y relevancia» del MF, lo hace de manera casi indirecta:

«el desarrollo social, económico y tecnológico de un lado, y la consolidación del Estado de las Autonomías, junto a la evolución del proceso –en especial del proceso penal– hacia fórmulas que exigen una presencia e intervención mucho mayor del fiscal –por ejemplo artículos 3 y 4–, exigen hoy la reordenación íntegra de las coordinadas organizativas del MP en el doble plano de su capacidad de especialización y de implantación territorial, de modo que su necesaria unidad de actuación se traduzca, como garantía esencial de los ciudadanos, en una presencia del fiscal igual, y con el mismo grado de especialización por materias en cualquier punto de España.

*La presente reforma persigue, en primer lugar, reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal como órgano de relevancia constitucional y la mejora de su capacidad funcional, con especial atención, en este terreno, a la Fiscalía General del Estado»*⁶²¹.

leza propia, algo que vienen demandando los fiscales para mejorar el ejercicio de sus funciones y, de este modo, podrán relacionarse también con otros organismos; mediante nuestras enmiendas se establece además la posibilidad de firmar convenios, por ejemplo, con el CGPJ, garantizando de esta manera, como digo, un incremento de su autonomía, cosas que hasta ahora se realizaban por parte del Ministerio de Justicia, precisamente por no tener otorgado el reconocimiento de esta personalidad jurídica propia, algo que a partir de la aprobación de la reforma, gracias a la enmienda del Izquierda Unida, cambiará sustancialmente». Cortes Generales. Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Sesión 45, de 9 de mayo de 2008. Diario de Sesiones, número 824. Ratificación de la Ponencia y Aprobación con competencia legislativa plena. pg. 2.

620. En realidad sí consta otra intervención parlamentaria acerca de la enmienda. La diputada del EAJ-PNV, Margarita Uría Etxebarria se refirió a la misma en los siguientes términos: «Quiero agradecer al Grupo de Izquierda Unida que haya presentado su enmienda número 13. Reconocí en ponencia, y lo hago ahora en Comisión para que conste en el "Diario de Sesiones", que fue un olvido de esta diputada no haber introducido la modificación pretendida en el art. 2.1 para entender el Ministerio Fiscal como órgano constitucional, con relevancia constitucional se dice en la oferta que hace el grupo mayoritario, y nos parece interesante que en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal quede constancia de una previsión de este estilo», pg. 3. Como puede apreciarse, en su exposición, la diputada suma al significado del precepto las dos motivaciones de las enmiendas: «autonomía y nítida naturaleza propia», junto con la posibilidad de firmar convenios, en expresión de su personalidad jurídica propia.

621. Ley 24/2007. Ex. de Motivos. *Afortunadamente en la Exposición de Motivos tan sólo se habla de «reforzar la autonomía», lo cual a nuestro juicio tiene mucho más sentido. Y continúa: «Persigue también actualizar su estructura, buscando una mayor eficacia conforme a un criterio de especialización y de reordenación de su modelo de implantación geográfica. Y, por*

Desde luego nos parece muy destacable que el legislador entienda que, ante la importancia que adquiere el MF en el moderno Estado de derecho, resulte necesario resaltar e impulsar su relevancia constitucional y potenciar su capacidad de actuación orgánica. En este sentido, el legislador parece haber precisado más la naturaleza de la institución, si bien continúa «integrado en el Poder Judicial» y sometido a los mismos principios: unidad de actuación, dependencia jerárquica y, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. A nuestro juicio, la integración en el poder judicial ha perdido significado y tiene escasas posibilidades de interpretación, mientras que «la relevancia constitucional» es todo un acierto. Esa es nuestra opinión en base a dos tipos de consideraciones:

- i) La primera, que parte de la consideración de los principios que según la propia CE afectan diferenciadamente a ambas instituciones. Los principios constitucionales del Poder Judicial no son los mismos que los del Ministerio Público ni lo es su función ni su disposición orgánica. El Poder Judicial no está sometido a los principios de unidad y dependencia jerárquica. No puede estarlo. Pero tampoco los principios de legalidad e imparcialidad del MP despliegan iguales efectos que dichos principios cuando son aplicados al poder judicial. La legalidad que debe observar el MP y que le corresponde defender en la promoción de la acción de la justicia, está complementada por la defensa del interés público tutelado por la ley, la defensa de los derechos de los ciudadanos y la satisfacción del interés social. Todo ello supone sin duda un ámbito de legalidad más amplio y una mayor capacidad de interpretación que la que se deriva de la «sujeción exclusiva al imperio de la ley» y de la competencia exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que corresponde a los jueces. Y desde luego, presupone la exigencia, por parte del Ministerio Fiscal, de una fundamentación más consistente que la que se derivaría de su propia y exclusiva interpretación de la ley.

El fiscal, en función del principio de unidad se encuentra sometido al criterio interpretativo de las Instrucciones y Circulares y de la política institucional dirigida por el Fiscal General, lo que puede conducir a ser contradicho en su criterio e incluso a verse removido o sustituido. Los fiscales no son inamovibles ni independientes.

último, se propone introducir mejoras de carácter técnico que afectan a la regulación de los procedimientos de actuación externos e internos de la Fiscalía, al tiempo que pretende conseguir una más clara definición de la Carrera Fiscal como carrera profesional, favoreciendo un escalonamiento más racional con la pirámide jerárquica en la que se integran los Fiscales». Tendremos ocasión de analizar las modificaciones que se han introducido para llevar a cabo todas estas actuaciones.

Tampoco la imparcialidad que se predica del MF puede ser la misma que la que corresponde a cada juez y tribunal. La imparcialidad que se presume del poder judicial se refiere esencialmente a la posición formal *supra partes* que ocupa el magistrado durante el proceso.

Es precisamente a partir de esa posición formal que ocupa el juez y que evidentemente requiere de múltiples requisitos materiales en su ejercicio para poder considerarse legítima, como son el acceso a la carrera judicial, las incompatibilidades, la recusación, etc. –un argumento formal aunque en absoluto baladí– lo que permite predicar la imparcialidad de su resolución y de su misma motivación, en definitiva, su sujeción exclusiva a la ley. Pero no lo referimos al verdadero contenido material de la sentencia. Y el hecho es que, para asegurar la imparcialidad del juez, existe la segunda instancia. Por el contrario, la imparcialidad del fiscal no puede derivarse de su situación procesal. No puede plantearse formalmente, pues el fiscal no se sitúa *supra partes* sino que se constituye como parte en el proceso teniendo que exponer su pretensión; ni tampoco materialmente, pues como acabamos de mencionar, el fiscal deberá defender además de la legalidad, el interés público, los derechos de los ciudadanos y la satisfacción del interés público, todos ellos elementos que necesitan de una definición previa que escapa a la mera interpretación individual y exclusiva de la ley⁶²².

- ii) La segunda de las consideraciones aludidas con anterioridad se refiere al hecho de que la pertenencia del Ministerio Fiscal al poder judicial, no es una circunstancia que se produzca de forma equivalente en el derecho comparado.

En lo que se refiere al modelo holandés, sus notables diferencias se han ido poniendo de manifiesto a lo largo de este texto. Y si hay algo que no se le puede criticar al modelo italiano –independientemente de la opinión que nos merezca su construcción doctrinal– es su coherencia a la hora de construir un MP que efectivamente pueda ser integrado a la perfección en la

622. En otros términos la imparcialidad del Fiscal está «*vinculada* a la defensa de los intereses sociales definidos y tutelados por la ley (art. 124 CE). Una imparcialidad que, como analizaremos, no se identifica tampoco con la que predicamos del órgano judicial. En éste, la imparcialidad es la cualidad institucional obligada de aquel a quien la norma suprema ha situado en posición de tercero *supra partes*, en disposición de dictar una solución fundada en derecho referida a un determinado conflicto *inter* subjetivo»; en el caso del MF, «la imparcialidad se desprende de la promoción objetiva de la legalidad ante los Tribunales (art. 7 EOMF), sin sujeción mecánica ni a las posiciones sostenidas por las partes ni al propio órgano encargado de instruir o juzgar». LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia...*, *op. cit.*, pg. 180.

magistratura. Si partimos de la consideración de que son los fiscales italianos los encargados de hacer «ejecutar lo juzgado»⁶²³ paradójicamente y, desde el punto de vista español, el MP italiano sí podría ser considerado un magistrado. Pero el fiscal español no está sometido al gobierno del CGPJ, ni es independiente, ni tiene una organización horizontal, ni tampoco las fiscalías son meros órganos incardinados en los tribunales, ni los fiscales comparten estatuto, ni comparten garantías, principios orgánicos y funcionales con la magistratura. La CE ha establecido un verdadero órgano del Estado, sometido a sus propios principios funcionales y dotado de su propia estructura orgánica. Mientras que el constituyente italiano, aunque establece la existencia de distintos órganos, éstos sí que integran el «*Ordine Giudiziario*».

Tampoco el MF español es poder judicial en el sentido holandés, sistema que se diferencia del italiano no tanto por una divergencia, este caso referida a la propia naturaleza del MP, sino más bien por su diferente concepción del poder judicial. No obstante, a nuestro modo de ver y como consecuencia de las tendencias actuales, tienden progresivamente a asimilarse. Porque, en realidad, al legislador holandés le importa poco la ubicación formal del MP.

Como hemos visto, el modelo judicial holandés es un poder misceláneo que integra a magistrados y fiscales, pero también a otra serie de funcionarios de justicia. Desde dicha perspectiva y carente de una definición tan precisa como la española sobre el poder judicial, es el legislador el que libremente ha decidido la integración del MP y de otros funcionarios en el poder judicial. Por otro lado, en Holanda, magistrados y fiscales comparten un mismo estatuto funcional (WVRA) y una misma carrera judicial, siendo habituales los movimientos de la magistratura hacia el MP y viceversa, por parte de sus funcionarios.

Esta situación no se da en España. No obstante, esta pertenencia al poder judicial aunque se ha mantenido en la regulación de la RO, tras la reforma actual ha perdido también sentido. En realidad, tiene mucho de tradición histórica, pues como hemos venido analizando, jueces y fiscales pertenecían a la misma Administración de Justicia incardinada en el Ministerio de Justicia. Con la reciente creación del «*Baar van Procurators Generaal*» y el «*Raad vor de rechtspraak*» como órganos de gobierno diferenciados, ambos cuerpos se han distanciado mucho⁶²⁴. Y desde luego el MP holandés goza de personalidad jurídica propia. No obstante, como destaca algún sector de la

623. Circunstancia que también sucede en Holanda.

624. A pesar de todo, hay que tener en cuenta que, tanto en Holanda como en Italia, el régimen disciplinar de jueces y fiscales es común para ambos cuerpos, estando sometidos a los mismos procedimientos aplicables para las sanciones más graves. En España no es así, suponiendo una diferencia estatutaria considerable.

doctrina, posicionamiento que compartimos, es importante mantener su ubicación dentro del «*Rechterlijke Macht*» –y no del *Rechtspraak*– por tradición y también por las importantes relaciones que el MP mantiene con el Ministerio de Justicia. Aunque estemos haciendo referencia a una argumentación en negativo y de carácter meramente formal, resulta necesario mantener su tradicional ubicación para dejar claro que el MP y sus funcionarios no pertenecen a la Administración estatal, ni se sitúan en el organigrama del Ministerio de Justicia⁶²⁵.

Pues bien, en cuanto al Ministerio Fiscal español, su integración en el Poder Judicial supone a nuestro juicio también una opción que se define más en sentido negativo que en positivo: el MP no pertenece a la estructura orgánica del Gobierno, ni se integra en su aparato orgánico. Como en Holanda, los fiscales no son funcionarios de la Administración General del Estado. Si con anterioridad matizábamos que su integración en el poder judicial se configura a través de la expresión «autonomía funcional» y su actuación «por medio de órganos propios», mediante la nueva regulación MF, la mención expresa a su «relevancia constitucional» y «personalidad jurídica propia» cobra aún más sentido. Por otra parte, su «integración en el Poder Judicial» procede de una disposición legislativa adoptada por nuestro ordenamiento jurídico; también lo es su calificación de «relevancia constitucional», pero en todo caso el MF español se encuentra regulado en el art. 124 de la CE de modo incontrovertible. De ahí que el Ministerio Fiscal español, en virtud de su cobertura constitucional, no tenga que reivindicarse orgánicamente frente al Gobierno, como ocurre en Holanda, y que a su vez posea unos rasgos característicos que configuran y delimitan perfectamente los perfiles de la institución y garantizan su existencia, al contrario que en Italia. Ya hemos insistido en ello, pero lo subrayamos de nuevo: frente al modelo holandés e italiano, el constitucionalismo español es el único que ha diseñado con precisión un órgano del Estado, cuyas garantías orgánicas y funciones atribuidas le dotan de una relevancia constitucional sustantiva.

En este mismo sentido y retomando la discusión a la que se hacía referencia en la primera parte de esta investigación al referirnos al significado del art. 124 de la Constitución española, a nuestro juicio, parece que en el transcurso de estos años han ganado terreno, se han visto reforzadas, ciertas posiciones doctrinales. Hay que recordar que una expresión similar a la que se recoge en la Ley 14/2007, había sido ya utilizada por LÓPEZ AGUILAR, J. F. al afirmar, refiriéndose al Ministerio Fiscal, que se trata de un «órgano

625. CLEIREN, C. P. M., entrevista personal, marzo, 2004. Y ello debido a sus estrechas relaciones y a la evidente jerarquía que se observa entre el MJ y los Fiscales. Tendremos ocasión de volver sobre ello.

constitucionalmente relevante, de un órgano específico del Estado encargado de postular ante el Poder Judicial aquellos criterios que sustenten los representantes del Ministerio Público sobre la interpretación de las leyes, especialmente en materia de política criminal»⁶²⁶. A su juicio, ello implica que no debe entenderse como un órgano integrado en el poder judicial sino que ha sido ideado por el constituyente como un órgano para promover «una defensa objetiva e imparcial de la legalidad ante los tribunales»⁶²⁷. Desde luego si LÓPEZ AGUILAR, encontraba en el ejercicio de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal «por medio de órganos propios» cierta «clave de su singularidad» en el marco de la estructura del Estado, a nuestro juicio, la nueva redacción del art. 2.1 del EOMF y la propia convivencia del alcance sustantivo que cabe atribuir a los términos de «relevancia constitucional» y «personalidad jurídica propia» junto a la «integración en el Poder Judicial», consigue justificar fácilmente la consideración de que el Ministerio Fiscal «no es Poder Judicial; no es Poder Ejecutivo; pero tampoco es *per se* un poder independiente»⁶²⁸.

En todo caso, esta teoría resulta del todo convincente, en nuestra opinión, por una razón muy importante. Como hemos hecho notar, su calificación de órgano autónomo frente a todos los poderes, no conlleva una obligada materialización práctica en la relación que pueda predicarse entre el Ejecutivo y el Ministerio Fiscal. Su gran acierto radica en poder separar ambas cuestiones⁶²⁹.

Y quizá esté aquí la clave de una cuestión fundamental a nivel comparado, y que como es común en la ciencia jurídica, se deriva del uso de térmi-

626. MARTÍN CASALLO, J. A., es quien recoge esta referencia de LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia...*, *op. cit.*, pg. 7. Expresión recogida precisamente de la doctrina italiana, que ya distinguió en su día entre órganos constitucionales y órganos de relevancia constitucional. CHELI, E., «Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (Apunti per una definizione)», *Riv. Archivio Giuridico*, 1965, pgs. 61 y ss.

627. A juicio del mismo autor, su «lectura alternativa» «entiende al Ministerio Fiscal como institución constitucionalmente relevante... cuyas funciones se realizan, obviamente, en el ámbito genérico de la Justicia entendida como Jurisdicción (esto es, función del Estado de declarar en cada caso cuál es el Derecho Justo). Pero no es un "órgano integrado en el PJ, del que en ningún modo forma parte". Es un órgano "ideado por el constituyente para promover una defensa objetiva e imparcial de la legalidad ante los Tribunales. Objetiva en el sentido de atender (y primar *ex officio*) el interés general definido por la ley...; e imparcial en el sentido de situarse al margen de la posición subjetiva sostenida por las partes"». LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia y sus problemas...*, *op. cit.*, pgs. 180 y 181.

628. *Ibidem*, pg. 182.

629. LÓPEZ AGUILAR, J. F., es un claro defensor de la capacidad de impulso, y por tanto también de la responsabilidad del Ejecutivo en la acción de la Justicia. El Gobierno ha de tener acceso a una institución medial que pueda promover la acción de la justicia ante los tribunales. En este sentido, doctrinalmente, no apreciamos diferencia significativa con las posturas ejecutivas no radicales.

nos que la doctrina construye como criterios modélicos de clasificación o como guías orientadoras de comprensión. Nos estamos refiriendo a la definición del MP como órgano del Estado o como garantía institucional. Términos que aparentemente nosotros hemos usado para señalar una misma cualidad, en definitiva, que hemos usado indistintamente⁶³⁰.

No desconocemos la importante distinción existente en la doctrina española entre órganos del Estado e Instituciones dotadas de protección constitucional⁶³¹. Y el hecho es que en el ámbito del Poder Judicial, de donde no parece poder desubicarse el MP, el órgano del Estado por excelencia, en cuanto que reúne todas sus cualidades, es el CGPJ: es un órgano constitucional, supremo en su esfera de atribuciones, y lo que es más importante, en cuanto protector y garante de la indispensable independencia de la magistratura, es un órgano esencial de la forma de gobierno constitucionalmente establecida⁶³². Desde esta premisa, cada poder en el que se divide la gobernanza democrática del Estado posee sus propios órganos esenciales –el Gobierno lo sería evidentemente del poder ejecutivo– correspondiéndole al Poder Judicial el CGPJ y nada más.

Desde este punto de vista, que el MP sea una institución dotada de protección constitucional cuadra perfectamente con su «integración en el Poder Judicial»; lo que no sucede, pues ambas expresiones desafinan juntas, cada vez que se le califica como «órgano del Estado»⁶³³.

630. Y de hecho resulta imposible trazar una distinción entre ambas calificaciones del MP en LÓPEZ AGUILAR, J. F., FLORES PRADA, I., LORENTE, VIVES o PÉREZ GORDO –pero no cabe duda de que para todos ellos el MP es un órgano del Estado–. Y sin embargo, califican siempre al MP de Institución y nunca de órgano del Estado, aunque le atribuyan distinto significado jurídico político, HERRERO-TEJEDOR ALGAR o DíEZ-PICAZO, L. M. Claro que tampoco la normativa parece dejar claro esta cuestión, pues si la Ley 24/2007 lo denomina «órgano de relevancia consitucional», la LOPJ en su libro VII, lo califica, junto con la policía judicial, de «instituciones que cooperan con la administración de justicia».

631. «La categoría de garantía institucional es acuñada en los años veinte de este siglo por la doctrina alemana –sobre todo por SCHMITT– para referirse a la protección consitucional conferida a determinadas instituciones no esenciales o centrales, pero sí típicas y, por tanto, necesarias de la organización político-administrativa». SOLOZÁBAL ÉCHAVARRÍA, Juan José, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, pg. 105.

632. DíEZ-PICAZO, L. M., *Régimen consitucional...*, *op. cit.*, pg. 133. Y la ausencia de esta última característica en el MP, clave para la definición del órgano del Estado –y por supuesto presente en las Cámaras legislativas y en el Gobierno, también órganos del Estado–, creemos que es la razón por la que no duda este autor en calificar al MP de garantía institucional.

633. Por ejemplo, para PÉREZ GORDO, quien califica sin dudarlo de órgano del Estado al MP, la expresión «integrado en el poder judicial», es directamente inconstitucional, secuela de viejas aspiraciones que no colaboran en modo alguno a la búsqueda de la definitiva identidad del Ministerio Fiscal. PÉREZ GORDO, Alfonso, «Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto orgánico de 1981», en *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. III, pg. 2370. Una buena distinción entre el significado y

A nuestro juicio, la diferencia en el uso de los términos por parte de los distintos autores radica pues en que para aquellos que pretenden distanciar al MP del PJ para dotarlo de un ámbito propio de autonomía y definición, simplemente la importante y singular garantía institucional del MP en la CE –tomando en cuenta su vertiente orgánica pero también su vertiente funcional–, merece la cualificación de órgano del Estado distinto del Poder Judicial y distinto del Poder Ejecutivo⁶³⁴. Y por eso, como ya hemos hecho notar, esta expresión es utilizada indistintamente tanto por aquellos autores que sitúan el énfasis de argumentación en la desvinculación del MP del Ejecutivo, como en los que argumentan su no pertenencia al Poder Judicial⁶³⁵.

Ahora bien, órgano del Estado de «relevancia constitucional», puesto que no es un órgano constitucional básico o esencial de la estructura constitucional del Estado –cualidad otorgada únicamente a la Jefatura de Estado, a los órganos que representan los tres poderes clásicos y al TC, denominados propiamente «órganos constitucionales»–, pero va más una institución por cuanto su actividad se realiza en función del interés final del Estado «esto es, que la función concretamente desarrollada por el órgano debe tender a la satisfacción de un interés general del Estado»⁶³⁶. La evolución del MP en su actividad y en los intereses que representa, vincula el órgano a los fines del Estado mismo, es decir, se configura como un instrumento esencial en el cumplimiento de los fines que el propio Estado tiene asignados. Y en definitiva, lo más importante que queremos resaltar aquí, y con ello comenzábamos este apartado, es que este señalamiento del MP como instrumento esencial en los fines del propio Estado, lo realiza la CE de forma mucho más clara que la CI y por supuesto que la CH o su propio «*basic law*». Puede ser que para realizar la función de acusador público, único reconocimiento funcional del MP italiano u holandés, baste con el reconocimiento de una garantía

características de los órganos del Estado y de las garantías institucionales puede encontrarse en GARCÍA GUERRERO, José Luis, *Democracia representativa de Partidos y Grupos Parlamentarios*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Monografías, 1996, pgs. 165-171.

634. Y es que como afirma LÓPEZ AGUILAR, J. F., «en el Estado fundado en la Constitución normativa no solo se funden tres poderes como tipos ideales de las respectivas expresiones funcionales del poder que se reputa legítimo, sino también otro entramado más complejo y delicado de órganos (sean éstos constitucionales o sean de relevancia constitucional, distinción que aquí poco importa) y de instituciones que tienen la exacta incardinación, sentido funcional y extensión (en lo que se refiere a potestades y facultades atribuidas) que la Constitución ha deseado conferirles». LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia y sus problemas...*, Tecnos, 1996, pg. 162.
635. Para distanciarlo del Ejecutivo lo califica de esta manera por ej. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ya citado, y del Poder Judicial, por ej. PÉREZ GORDO como acabamos de ver.
636. SABATINI, Giuseppe, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, Torino, Quartara, 1948, pg. 119.

institucional –o ni siquiera, pues puede regularse exclusivamente por ley, lo que es verdad que sitúa al MP muy lejos de los órganos constitucionales puros–, pero es que como vamos a ver inmediatamente, la defensa de la legalidad y del interés público otorgada por la CE al MP hay que vincularla con la constitucionalización de los llamados valores superiores del ordenamiento jurídico. El MP español es en definitiva un órgano promotor de los valores superiores del ordenamiento al tiempo que es órgano de garantía en la defensa pública y objetiva de la legalidad. Y esta doble condición, que no se da en sus homólogos holandés e italiano –el primero lo sería más bien de los intereses del Estado-aparato y el segundo exclusivamente un órgano de defensa pública de la legalidad– es lo que le sitúa dentro del sistema político de forma no estrictamente dependiente de ningún poder del Estado, pero tampoco desconectado en realidad de ninguno de ellos. En realidad, tiene una posición jurídico política totalmente singular y determinante, y que se evidencia en su estatuto orgánico-funcional, que puede calificarse como órgano del Estado de «relevancia» y rango constitucional⁶³⁷.

3. EL MINISTERIO FISCAL Y LA COMPATIBILIDAD DE SUS MISIONES

La segunda de las tareas fundamentales que pretendemos abordar en esta parte de nuestro trabajo, se refiere al objetivo de reconciliar las misiones constitucionales del Ministerio Fiscal y tratar así de contribuir a una mejor definición de su naturaleza, acorde con la importancia de este órgano dentro del Estado de derecho.

No es éste sin embargo un estudio acerca de las misiones del Ministerio Fiscal español, ni siquiera del Ministerio Público en general, pues nos interesa principalmente su posición jurídico-constitucional en el conjunto del sistema político y su función de acusador público. No obstante, dado que consideramos que las misiones atribuidas al MF español definen su naturaleza frente a las de los Ministerios Públicos holandés e italiano, nos parece oportuno reflexionar acerca de una serie de cuestiones que se exponen a continuación.

- i) La primera de ellas, insistimos, es la propia enunciación de las «misiones» del MF que establece la propia Constitución española. Compartimos la opinión de GRANADOS cuando afirma que el término utilizado por la CE, implica la presencia de un objetivo finalista que fundamenta la razón de la actividad e incluso la «creación y funcionamiento

637. FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en España*, op. cit., pgs. 344-347. Siguiendo muy de cerca a LÓPEZ AGUILAR.

del MF como institución». Y prosigue dicho autor afirmando que el fiscal se crea y mantiene en nuestro Estado social y democrático de Derecho «para que promueva la acción de la justicia, vele por la independencia de los Tribunales y procure ante éstos la satisfacción del interés social»⁶³⁸. Y como señala FLORES PRADA, I., resulta perfectamente posible establecer una discusión abstracta sobre los fines y objetivos constitucionales del Ministerio Fiscal español dentro del Estado, al mismo tiempo que es posible sistematizar sus funciones, atendiendo a dichos fines y objetivos⁶³⁹.

A ello habría que añadir el significativo hecho de que la promoción de la justicia la realiza la fiscalía en defensa de la legalidad, el interés público y los derechos de los ciudadanos. Al respecto cabe recordar que el artículo 30 de la LO del Estado de 1967 –por tanto legislación dictada en tiempos de la dictadura– establecía que *«El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento*

638. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente..., op. cit.*, pg. 138.

639. Así, FLORES PRADA, I., según un criterio no totalmente coincidente con GRANADOS, sistematiza su análisis de la siguiente manera: la misión del Ministerio Fiscal puede diferenciarse en función de su calidad de órgano promotor de la justicia y como órgano promotor en defensa de la legalidad. El interés público tutelado por la ley y la promoción del interés social constituirían precisamente el ámbito y la finalidad que acompañan al ejercicio de dicha misión, mientras que la defensa de los derechos de los ciudadanos y velar por la independencia de los Tribunales serían cometidos genéricos atribuidos en defensa de la legalidad como una parte esencial de su contenido. La clasificación de las funciones del MF según sus cometidos es la siguiente: 1. Dentro de sus funciones como promotor de la justicia en defensa de la legalidad encontramos: a) velar por la eficacia de la función jurisdiccional; b) velar por el respeto de las instituciones constitucionales; c) tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y demás que establezca la ley; d) intervenir en los procesos que conoce el TC en defensa de la legalidad; e) defender la legalidad en los procesos contencioso-administrativos que prevén su intervención; f) velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social. Y la más importante, dentro de esta misión, aquella que hace verdadera referencia a su función de acusador público: g) ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las que ejerciten los otros cuando proceda (art. 3.4 EOMF). 2. Dentro de sus funciones como promotor de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos pueden situarse las funciones de: a) velar por el respeto de los derechos y libertades públicas; b) garantizar la defensa en juicio y fuera de él de los menores e incapacitados que carezcan de representación legal, promover los organismos tutelares que establezcan las leyes civiles y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la defensa de los menores y desvalidos; c) interponer el recurso de amparo e intervenir en los procesos de amparo ante el TC. 3. En cuanto a la salvaguarda de la independencia de los Tribunales, tan sólo una función genérica: ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los Tribunales y mantener su integridad competencial, promoviendo los conflictos de jurisdicción (art. 3.8 EOMF).

*del orden jurídico y la satisfacción del interés social»*⁶⁴⁰. Pues bien, creemos que el precepto actual registra notables cambios. El MF ha dejado de ser un órgano de «comunicación» entre el Gobierno y los Tribunales; los intereses públicos han pasado a ser el «interés público», cuestión relevante por cuanto se trata de conceptos distintos; se añaden los conceptos de defensa de la legalidad y los derechos de los ciudadanos, elementos esenciales que introducen principios constitucionales que determinan una configuración muy concreta del «orden jurídico» y su defensa; y por último, se mantiene la «satisfacción del interés social», que si bien, en tanto que si se pretendiera con una finalidad «populista» pudiera producir un cierto escalofrío en cualquier sociedad, pero en mayor medida en una de carácter dictatorial, en nuestra sociedad sólo puede derivarse de los valores constitucionales.

A nuestro juicio, esta discusión y pretensión de sistematización carece de interés en Italia, centrada en el desarrollo de su única función de magistrado-acusador independiente y si acaso en su papel de «contrapoder» del Ejecutivo, siendo la atribución de otras funciones una cuestión más que problemática debido a la prevalencia de ambas circunstancias. También en Holanda, donde se plantea con nitidez su papel esencial en el desarrollo de la política criminal del Gobierno. Cuestión que, consiguientemente, le impide ser un imparcial «defensor de la legalidad» o de los «derechos de los ciudadanos», lo que por otro lado, tampoco se le solicita. Posiblemente no sea necesario mencionarlo, pero esta situación no debe suponerse consecuencia del hecho de que el Ministerio Fiscal guía su actividad bajo el principio de oportunidad.

El principio de oportunidad ni atenta contra la legalidad que precisamente lo prevé, ni viola los derechos de los ciudadanos que están protegidos por el principio de igualdad, pues es evidente que la «*oportunidad*» ha de aplicarse bajo el principio de igualdad formal y material. Realizada esta precisión, el hecho de que el Ministerio Fiscal holandés haya de someterse a la decisión del Ministro de Justicia sobre casos concretos, en principio, le invalida como defensor de la legalidad o de los derechos de los ciudadanos. Todo ello a pesar de las garantías de su autonomía, por lo que no puede perder la capacidad de defensa de su propio posicionamiento en el ámbito jurisdiccional. *A sensu contrario*, lo que pretendemos afirmar es que la Consti-

640. Como señala Díez-PICAZO, L. M., *El poder de...*, no se trata en realidad de un precepto típicamente franquista, sino más bien se limita a reflejar la tradición. FLORES PRADA, I., I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 151.

tución Española, en virtud de la misión otorgada al MF español, previene una situación orgánica que, en realidad, se derive de una situación de pura jerarquía. Dicho sin rodeos, en España el criterio del Ministro de Justicia español no puede imponerse al criterio del Fiscal General del Estado. Al menos, formalmente.

Si paradójicamente en España el Ministerio Fiscal adquiere un perfil político más bajo que en el modelo holandés o el italiano, no es por falta de significado de sus misiones constitucionales –insistimos en que el elemento finalista reconocido constitucionalmente lo cualifica– sino por la ausencia de algunas funciones verdaderamente relevantes. Nos estamos refiriendo obviamente a la investigación penal y a la disposición de la policía judicial en el proceso penal, de grandes repercusiones sociales⁶⁴¹, junto al hecho de carecer del monopolio de la acción penal. Ausencias debidas a decisiones de oportunidad del legislador en el primer caso, y por disposición constitucional en el segundo. No obstante, la última reforma del EOMF ha dotado al Ministerio Fiscal de nuevas funciones y se puede presumir que lo prepara para asumir definitivamente la investigación penal⁶⁴². Pero insistimos, el elemento finalista reconocido constitucionalmente lo cualifica como un órgano de relevancia constitucional con un papel fundamental en el Estado de Derecho.

641. Por ejemplo, los procesos sumariales en las causas por delitos de terrorismo tienen habitualmente una mayor repercusión mediática que las propias sentencias judiciales.

642. Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 51/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. BOE núm. 243 de 10 de oct., pgs. 41197-41214, sobre la que nos detendremos en profundidad. Entre estas nuevas funciones y competencias se encuentran algunas dirigidas a una futura asunción de la investigación penal y otras que le corresponden como defensor de la legalidad:

1. El reconocimiento de la capacidad para dirigir a la policía judicial en cumplimiento de lo previsto en la LO reguladora de la Responsabilidad de los Menores (LO 5/2000) que les otorga la instrucción del procedimiento (art. 3.5 L. 24/07).

2. La protección de las víctimas, la de los testigos y peritos (art. 3.10 L. 24/07).

3. Intervenir en el amparo, queda legitimado para intervenir en las cuestiones de constitucionalidad –según disponga la LOTC– (art. 3.11 L. 24/07).

4. El nuevo acceso directo a la información de todos los Registros Oficiales (art. 4.1 L. 24/07).

5. Establecer en las sedes de las Fiscalías Provinciales y en las que se considere necesario, centros de relación con las víctimas y perjudicados por las infracciones cometidas en su circunscripción y por las que se sigue un proceso penal en los Juzgados o Tribunales de las misma, con la finalidad de conocer los daños y perjuicios sufridos por ellas y para que aporten documentos y demás pruebas de que disponen para acreditar su naturaleza y alcance (art. 4.6 L. 24/07).

6. Se amplía el plazo de las diligencias de investigación de 6 meses a 12 para los delitos del art. 19.4 EOMF –prevaricación, delitos contra la Hacienda pública, malversación, delitos societarios, etc., hasta un total de 17 supuestos– (art. 5.2 L. 24/07).

ii) Respecto a la segunda de las reflexiones que queríamos hacer notar, requiere en todo caso reconocer que ciertamente la discusión sobre las misiones del MF es muy ardua y compleja. Y como tal, refleja una amplia variedad de posicionamientos y de visiones que parecen cuestionar la afirmación a la que antes se aludía, al subrayar que su definición constitucional es una buena cualidad que acompaña a la configuración del MF español. Como señala de forma sencilla y clara Díez-PICAZO⁶⁴³, la problemática del enunciado constitucional reside en dos elementos fundamentales:

- Si ciertamente se afirma que el fiscal español es algo más que un mero acusador público, si también es un *custus legis* y un verdadero *amicus curiae*, la primera dificultad que se plantea hace referencia a la posible compatibilidad de las misiones del Ministerio Fiscal español. No teniendo por qué son incompatibles, no cabe duda de que la función de acusador público entraña una actividad que, no cabe olvidar, empieza y se relaciona con la noticia de posibles hechos delictivos, lo cual requiere la toma de una posición de parte⁶⁴⁴; mientras que la actividad de defensa de la legalidad y los derechos fundamentales tiene que ver en general con acciones procesales de distinta índole y su examen técnico e imparcial a través del derecho positivo. Lo cual requiere un comportamiento neutral y desapasionado. De lo que se deriva que las diferentes posturas sobre la compatibilidad de estas funciones, dependen en gran medida del resultado de la discusión sobre el significado de la defensa de la legalidad y de la imparcialidad del fiscal en el proceso y su condición o no de parte⁶⁴⁵.

643. Díez-PICAZO, L. M., *El poder de...*, *op. cit.*, pgs. 165 y 166.

644. Se ha distinguido en ocasiones entre la imparcialidad «*pro societate*» del fiscal y la obligada imparcialidad «*pro reo*» del juez. Por ejemplo, ALMAGRO NOSETTE, J., *Justicia Constitucional. Comentarios a la LOTC*, Artigrafía, 1980; pg. 241. Posición sobre la que también se han mostrado algunas discrepancias como la de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, para quien esa distinción supone confundir lo imparcial de la actuación con «el criterio rector para la solución de los conflictos de la duda» y olvida la invocación del principio *pro reo* en la doctrina de la Fiscalía del TS. «La naturaleza...», *op. cit.*, pg. 879. A nuestro juicio, la crítica de CONDE-PUMPIDO carece de sentido. Es evidente que la tendencia hacia la aplicación del principio *pro reo* o *pro societate*, ya sea por el fiscal o por el juez, se da únicamente en casos conflictivos, que por otro lado son muchos. Es más, durante la fase preliminar y sumarial del proceso, durante el examen de los hechos el fiscal se enfrenta continuamente a un conflicto de este tipo. Pensemos por ejemplo en la solicitud de las medidas cautelares en casos de violencia de género. Es evidente que el fiscal tenderá a la aplicación de un principio *pro societate* –en este caso proteger a la víctima– aunque, en su caso, sólo sea porque entra a jugar el principio de proporcionalidad en el resarcimiento de posibles daños.

645. Como ha subrayado aquel sector de la doctrina que identifica al fiscal sobre todo como un imparcial defensor de la legalidad, en esta discusión caben dos posturas:
1. Negar que sea parte, más aún, negar que el proceso penal sea un proceso de

- En conexión con el primero de los aspectos mencionados, la tipología de funciones parece también requerir de un órgano dotado de distintas garantías de independencia. Si carece de sentido que un defensor de la legalidad y de los derechos se vea sometido, por razones orgánicas, a posibles presiones del Ejecutivo, tampoco lo tiene que un acusador público quede desvinculado de todo órgano político. Es cierto que de la posición del Ministerio Fiscal en el art. 124 CE no cabe esperar que, en casos conflictivos o polémicos, la institución actúe totalmente al margen de la orientación política del gobierno de turno⁶⁴⁶. No obstante, a nuestro juicio, también es evidente que el MF español está muy lejos de poder ser sometido a los criterios arbitrarios de cualquier gobierno.

Las diversas posturas doctrinales al respecto, si bien en líneas generales ofrecen matices diversos y no están exentas de cierta incoherencia, ofrecen una doble vertiente. Oscilan entre quienes señalan la importancia y exclusiva misión del MF en la defensa imparcial de la legalidad y quienes conciben un fiscal de intereses coincidentes con el juez que no es parte en el proceso y que consecuentemente debe ser independiente del ejecutivo⁶⁴⁷ siendo la ley, únicamente la norma, su marco de acción y de libertad.

Para quienes en el otro sector de la doctrina, consideran la defensa de

partes, siendo el Fiscal un órgano del Tribunal, un elemento de la relación jurídico procesal al mismo nivel del juez.

2. Considerar la imparcialidad del Fiscal como una cuestión definitoria y definitiva en su función, situando su posición formal en plano distinto.

O incorporar una versión más procesalista, considerándolo parte en sentido formal pero no material. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona, 1951, Tomo II, pg. 213. Lo analizaremos más adelante.

646. Díez-PICAZO, L. M., *El poder de...*, op. cit., pg. 166.

647. Una definición sobre la naturaleza del MF que cuadra perfectamente con estos planteamientos es la de CONDE-PUMPIDO FERREIRO: «*Órgano del Estado, constituido para el funcionamiento de la justicia e integrado autónomamente en el Poder Judicial, y con la misión de defender la legalidad democrática, promover los intereses públicos y sociales que pertenecen al pueblo constituido en Estado, tutelar los derechos de los ciudadanos y velar por la independencia de los Tribunales*». CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «La naturaleza...», op. cit., pg. 868. Nótese por ejemplo que el autor ni siquiera menciona la misión de «promover la acción de la justicia», sustituyéndola por la más importante y genérica misión de defender la legalidad democrática; añadiendo por ejemplo la misión de tutelar los derechos de los ciudadanos que, a nuestro juicio, tiene un significado añadido al de defensa, el de guía en el ejercicio de esos derechos –y así lo explicita la definición de «tutelar» del DRAE– y que no forma parte de la garantía institucional de defensa de los derechos por parte del Ministerio Fiscal que está reconocida exclusivamente a través de su participación en el recurso de amparo. Cuestión del todo relevante a nuestro juicio. Todo ello sin perjuicio de que la tutela de menores e incapaces atribuida al MF pueda ser percibida como una extensión de su función de defensa de los derechos de los ciudadanos, si bien de mera oportunidad legislativa. Sólo la LO 5/2000 en su art. 6 hace referencia expresa a la defensa de derechos. Y en todo caso se trata de casos de responsabilidad penal.

la legalidad como un principio general que sólo se concreta en la acción del MF ante los tribunales como portador de un interés público –aunque no propio, es un interés al fin y al cabo– el fiscal es parte en el proceso, que participa en la contradicción de intereses⁶⁴⁸. En la búsqueda de la concreción de ese interés, el MF no puede quedar totalmente desconectado de la esfera del poder político.

A continuación vamos a ocuparnos, en primer lugar, del problema de la compatibilidad de funciones y de la interpretación que puede extraerse de las misiones constitucionales atribuidas al Ministerio Fiscal. Retomaremos la relación con el Ejecutivo en su correspondiente apartado.

El fundamento del principio de legalidad y su defensa desde una perspectiva histórica se ha venido justificando en base a dos tipos de argumentaciones: las de perfil político y las de carácter ético. Es conocida la desconfianza que despertaban en el espíritu revolucionario de la burguesía liberal todas aquellas instituciones que representaban los vestigios de la adhesión al régimen anterior y, más que ninguna, dado su poder, el de la magistratura y sus integrantes. El principio de legalidad, se constituye por tanto en el principal instrumento de dirección y control político de la institución, concebida en exclusiva para representar la voluntad nacional, a través del parlamento. «Gobernar legislando» es el camino que los revolucionarios burgueses encuentran para situar bajo la órbita del «pacto social que representan las cámaras legislativas» a todos los órganos estatales y, fundamentalmente, a los jueces⁶⁴⁹. Si nos referimos a los motivos éticos, mediante la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad, se pretende poner fin a la continua arbitrariedad que había regido la acción de los órganos administrativos y judiciales del Antiguo Régimen. De su contribución surgen cuestiones tan fundamentales como la seguridad jurídica de los imputados y las garantías procesales⁶⁵⁰.

En lo que se refiere más directamente al Ministerio Fiscal, no cabe duda de que históricamente, una de las argumentaciones más consistentes por las que se le atribuye al MF la «defensa de la legalidad» tiene que ver sobre todo, con la «misión de control de la observancia de la legalidad y de las formas

648. Defensores claros de esta opinión son por ej. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio...*, op. cit., pg. 165 o GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente...*, op. cit., pg. 19.

649. En la radicalización de esta visión hay que recordar institutos como el de la «référé législatif» de la Constitución francesa de 1791 –art. 21–, según el cual en ciertos supuestos, la Asamblea Nacional emitía un decreto declaratorio al que el Tribunal de Casación debía ajustarse.

650. MARCHENA, M., *El Ministerio...*, op. cit., pg. 124. Cuestión que como el mismo autor subraya, también radicalizó la visión sobre los magistrados y su función, defendiendo la figura del «juez-robot legislativo».

procesales por parte de los tribunales», así como que constituya un medio «para mantener el predominio de un ejecutivo fuerte, sobre el judicial»⁶⁵¹. Y en este sentido se trata, a nuestro juicio, de una cuestión importante: la defensa de la legalidad tiene más que ver con la reivindicación de unos valores «revolucionarios», con el valor de la legalidad entendida como instrumento para la consecución de valores superiores –en este caso frente a los presupuestos del *ancien regime*– que con la defensa de una legalidad desapaionada, imparcial y estrictamente formal, al modo que se predica de la actividad jurisdiccional y que tanto se pretende resaltar en el Ministerio Fiscal español.

No obstante y siguiendo a algunos autores que han incidido en este aspecto aprovechando su carácter de órgano de carácter técnico-jurídico en el ámbito de las misiones que van adhiriéndose al MP⁶⁵² y principalmente, tras la incorporación de la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos en los Estados democráticos, puede advertirse, en términos de CONDE-PUMPIDO FERREIRO cómo la institución del Ministerio Fiscal, «va adquiriendo un carácter expansivo de sus funciones y, sin perder su originaria misión de promover el *ius puniendi*, ve acentuada su condición de órgano esencial para la estructura política del Estado, convirtiéndose en el custodio de la legalidad democrática y tutelador de los derechos de los ciudadanos, en una evolución aún no consumada, pero que se hace patente con fuerza creciente en las más modernas Constituciones y en las más recientes reestructuraciones del Ministerio Público en los países de nuestra área cultural»⁶⁵³.

Consideramos, no obstante necesario realizar alguna matización al respecto.

- Estas reflexiones si acaso pueden ser únicamente predicables respecto a la garantía constitucional que acompaña al MF español, no así en el modelo italiano o en el sistema holandés, cuyos Ministerios Públicos podrían verse reducidos a la categoría de acusadores públicos⁶⁵⁴.

El hecho de que el Ministerio Público italiano y, en general, su magistratura, se hayan convertido en los «garantes» de la democracia italiana, o al menos así sean percibidos de este modo por algún sector de la sociedad al ejercer un claro papel de «contrapoder», no tiene nada que ver con las misiones que les han sido atribuidas constitucio-

651. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «La naturaleza...», *op. cit.*, pg. 849.

652. Entre ellas, por ejemplo, las funciones de asistencia del juez mediante tareas de asesoramiento y vigilancia, o la propia representación de menores e incapaces.

653. *Ibidem*, *op. cit.*, pg. 849.

654. No hay que olvidar por ejemplo que ni en Italia ni mucho menos en Holanda, existe el recurso de amparo.

nalmente ni con la interpretación que de ellas se deriva. Como ya hemos señalado, esta situación es fruto de la lucha contra la criminalidad gubernativa que ha capitaneado el propio «*Orden Giudiziario*».

Y si retomamos el Ministerio Público en el sistema holandés, es evidente que dicha institución se concibe como uno de los instrumentos fundamentales para la implementación e incluso el desarrollo de los principios y valores democráticos. No obstante, sus fundamentos de legitimidad se sitúan en presupuestos básicamente contrarios a los que configuran el Ministerio Fiscal español y a los que se refieren las anteriores acotaciones doctrinales transcritas. Para el MP holandés se realiza a través del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, siendo precisamente el modo adecuado de implementar, a través del derecho positivo, los verdaderos valores democráticos del «*law in action*» desarrollado en estrecha relación con el ejecutivo, lo que permite crear mecanismos de responsabilidad democrática, siendo lógico que si se trata de implementar los valores y fines democráticos se genere a su vez esa misma exigencia de responsabilidad.

En el sistema español, la sujeción a la legalidad del Ministerio Fiscal, imparcial y sin intervención de elementos externos en el ejercicio de sus funciones, así como su misión finalista de defensa de la propia legalidad, del interés público y de los derechos de los ciudadanos, son los elementos que permiten que, en su actividad, puedan hacerse prevalecer los fines democráticos ya insertos en la norma⁶⁵⁵.

- De este modo de entender las misiones de «defensa de legalidad, el interés público tutelado por la ley y los derechos de los ciudadanos» –que en gran medida compartimos y que, como ya hemos señalado, nos parece identifica a la institución española frente a la italiana y holandesa– algunos autores han derivado en subrayar una naturaleza del Ministerio Fiscal español muy similar a la italiana, perspectiva que, sin embargo, no compartimos. Y ello por una simple razón que a continuación se adelanta: se realiza una asimilación, no sólo de funciones sino también de fines, entre el fiscal y el juez, entre la actividad acusatoria y la actividad jurisdiccional, de modo muy similar al que ha venido argumentando la doctrina italiana.

3.1. La defensa de la legalidad

Retomando la notable y representativa opinión de CONDE-PUMPIDO, C., cabe identificar en la Fiscalía española dos líneas maestras contenidas en la Constitución española:

655. Sin duda se denota entre ambas posiciones una «diferente» confianza en las posibilidades de la ley.

- i) Tras constatar la evolución de la función de control de la legalidad, el citado autor señala que en el art. 124 CE, la defensa de la legalidad «pasa a ser la primera –y principal– misión del Ministerio Fiscal, convertido en un *custus legis* o, en terminología usada en otros países, "un fiscal de la ley", de modo que su función se centra en la defensa del interés superior de la ley, como emanación de la voluntad popular, salvaguardando la integridad del ordenamiento jurídico».
- ii) Se materializa la independencia del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo⁶⁵⁶.

La defensa de la legalidad constituye el fundamento de la justicia propugnada en el art. 1.1 de la Constitución española como valor superior, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político. El MF es el único órgano que aparece constituido como tal para el mantenimiento de la legalidad. El principio tiene pues, para el fiscal, un valor funcional distinto al que tiene para los demás órganos del Estado, obligados en general a respetar principio de legalidad y su sometimiento al ordenamiento jurídico. La doctrina ha señalado –existen escasas discrepancias al respecto– la doble dimensión del principio de legalidad en el MF. Por un lado, como todo órgano público, según el art. 124.2 CE se encuentra sometido a dicho principio, siendo el Ministerio Fiscal, por otro lado, quien asimismo está encargado de ejercer su defensa. «Este doble carácter esencial de la legalidad como principio rector y como finalidad a cumplir, singulariza la posición constitucional del fiscal»⁶⁵⁷.

Una crítica común a este tipo de argumentación reside en la interpretación de que no cabe –a juicio de algunos autores– extraer consecuencias diversas o diferenciadas del principio de legalidad que rige para todos los instituciones del Estado, poderes o ciudadanos⁶⁵⁸. Puede ser ello cierto en

656. Previamente, parafraseando a PETROCELLI, dicho autor hacía notar que la evolución del sistema napoleónico ha conducido a una situación de independencia de «facto» en la actuación de los fiscales y que es «inútil tratar de disimular: todo se podrá hacer en el estado actual de la civilización y de los ordenamientos jurídicos, menos impidir que el Ministerio Público, en el momento de proferir su parecer sobre la imputación sometida a juicio, declare, si ésa fuera la verdad, que el acusado es inocente». PETROCELLI, B., *op. cit.*, pg. 853. Pues bien, si esto es así, y compartimos que es cierto, no entendemos qué problema existiría en la relación con el Ejecutivo. Esta situación es incluso válida para Holanda. La publicidad de las actuaciones del Gobierno y del Ministerio Público permiten que se conozca con precisión la postura de la Fiscalía. Como ya hemos apuntado en repetidas ocasiones a lo largo de estas páginas, la posición orgánica de la institución no tiene tanta relevancia como la posibilidad de ejercer sus funciones con autonomía. La publicidad de las actuaciones es, a nuestro juicio, la mejor de dichas garantías.

657. CONDE-PUMPIDO, C., *op. cit.*, pg. 887.

658. JURALDE MORGADO, E., «El Ministerio Fiscal», *Rev. Poder Judicial (Consejo General del Poder Judicial)*, núm. 1, diciembre 1981, pg. 48. También LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 110.

cuanto a su sometimiento a la legalidad, es decir, si nos referimos a la versión negativa o pasiva del principio por el que el Ministerio Fiscal español y sus miembros deben estrictamente observar en todo momento la ley. Pero esta posición doctrinal hace abstracción de aquella actividad que supone «la promoción de acción penal en defensa de la legalidad». Esta función en cuanto a tal, define específicamente al Ministerio Fiscal español y es sustancialmente diferente a la mera obligación de ejercicio de la acción penal que se atribuye a esta institución en Italia o que deriva de la aplicación de la legislación penal en Holanda, teniendo estas configuraciones menos pretensiones en cuanto a su alcance.

La italiana se centra en evitar que un poder como el del fiscal pueda ejercerse de modo arbitrario en mayor medida que en pretender una defensa activa de la legalidad o de los intereses públicos o los derechos de los ciudadanos. Es decir, refuerza la vertiente negativa o pasiva del principio, lo que diferencia a dicha institución del resto de órganos del Estado sometidos al principio de legalidad, pero no así al de obligatoriedad.

En Holanda, se entiende que la aplicación de la legislación penal es el mejor método, o utilizando términos más adecuados, la función que corresponde al MF para articular su participación en la aplicación de los valores democráticos y sociales dentro de la sociedad. Pero a nuestro juicio, los holandeses se distancian de este planteamiento y cuestionan en gran medida que dichos principios deban ser defendidos por semejante órgano. Sin duda para la doctrina holandesa esta misión está atribuida a los órganos democráticos y su aplicación debe estar encomendada a órganos ejecutivos, como es el caso del Ministerio Fiscal holandés⁶⁵⁹. En España, la legislación constitucional se ha ocupado de ambas vertientes, siendo su fuerte posicionamiento activo en este ámbito, la verdadera innovación constitucional del MF español.

No obstante el problema del MF español reside, a nuestro juicio, en el contenido que deba darse a la función de «defensa de la legalidad». Y es ahí

659. A nuestro juicio, en la misma línea de argumentación que se ha venido manteniendo en este trabajo, esta situación viene a ser un fiel reflejo de una diferente consideración del principio de legalidad, considerado en sí mismo. Y es fruto asimismo de una diferente experiencia democrática en su aplicación que, a su vez, conlleva una diferente concepción del sistema de control constitucional de las leyes, o de la defensa de los derechos. Con la precaución que debe acompañar a toda opinión, cabe sostener que el contenido del principio de legalidad holandés responde a una tradición y convivencia coherente con el viejo principio de soberanía parlamentaria y el transcurso de una democracia muy estable y más aún, "consociacional". La obligatoriedad italiana deviene en una más radical reacción frente al régimen anterior, pero sin visión de futuro. La regulación del principio de legalidad de nuestro sistema supone sin duda una reacción frente al sistema dictatorial anterior, pero tiene una mayor vocación de integración en el conjunto del Estado de Derecho democrático, evitando las interpretaciones excesivamente formales.

donde algunos autores, como el propio CONDE-PUMPIDO, C. entre otros, han desarrollado una fundamentación que se diferencia escasamente de la obligatoriedad italiana. Y se da la circunstancia de que ésta se argumenta desde visiones distintas de la legalidad.

La inmensa mayoría de la doctrina parece estar de acuerdo en la importancia de esta función y, específicamente, en su *vis expansiva*, por cuanto es esta misión la que dota al MF de una nueva autonomía funcional que nunca podrá encontrarse en una situación preconstitucional de subordinación a las órdenes del Ejecutivo. Pero en esta ocasión, son los matices lo que importan.

Desde una concepción formalista de la legalidad, la finalidad de su defensa supone la participación activa en la consecución de la justicia, que debe hacerse bajo la sujeción exclusiva a la ley. Si a los jueces corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, a los fiscales les compete promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. Ambas funciones decisorias y promotoras, son atribuidas a órganos diferentes pero de exacta cualificación, pues ambos ejercen sus funciones conforme a los principios de legalidad e imparcialidad, y que han de garantizar el sometimiento de todos los poderes –y de los ciudadanos– al imperio de la ley. Es evidente que en la doctrina española esta posición además de por esta concepción de la legalidad, se ha visto siempre sustentada por la «integración» del MF dentro del Poder Judicial. El Ministerio Fiscal y la judicatura actuarían bajo los mismos principios guías, produciéndose una coincidencia de fines e intereses, porque tanto el fiscal como el juez «tienen como fin de su actividad el logro de la justicia y a ambos interesa la realización y el triunfo del derecho»⁶⁶⁰.

En este mismo contexto doctrinal, se reproduce la argumentación italiana en cuanto a la obligatoriedad penal y a la función del Ministerio Fiscal como una función requirente, de *alter ego* de la función decisoria atribuida a los jueces y magistrados. Del mismo modo que en el supuesto de la obligatoriedad italiana, la defensa de la legalidad y el sometimiento a la misma actúan como un contrapeso necesario y también suficiente del ejercicio exclusivo de una actividad exenta de responsabilidad política. Promovida y defendida la legalidad desde el derecho positivo y a través de la actividad técnica del Ministerio Fiscal, no parece necesario proveer de mecanismos externos a la propia Magistratura y al MF, que poseen mecanismos internos para enderezar, estimular o verificar la corrección de sus propias acciones. Desde luego, tanto el principio de legalidad, como el de la obligatoriedad, vendrían por su propia naturaleza a excluir que la acción penal pueda configurarse como un poder que pueda someterse a una revisión en el ámbito político; dotando además

660. *Ibidem*, op. cit., pgs. 873 y 874.

de independencia a los órganos titulares de este poder –los fiscales– que impida cualquier interferencia o presión en la correcta aplicación de la legalidad⁶⁶¹.

Ya hemos tenido ocasión de comentar la crítica de la doctrina italiana al respecto. La doctrina española también ha mantenido posturas muy similares. Como señala SERRA DOMÍNGUEZ, no son los tribunales quienes deben velar por el cumplimiento de las leyes, pues su función primordial es la determinación irrevocable del derecho en el caso concreto y para lo cual es hasta posible prescindir del precepto legal –es un dato más–, pero el Estado no puede admitir que la actuación dinámica de los tribunales desnaturalice o haga inoperantes sus propias leyes. Para ello se constituye el MF, para vigilar por la integridad de sus propias leyes. Y ésta sí es una forma de entender el principio de legalidad en coherencia con su sentido original «revolucionario» al que se aludía más arriba. Orientación, por cierto, mucho más ligada a la concepción holandesa. Por tanto, los fines e intereses del MF y de la Judicatura no son coincidentes. Y tampoco lo son sus funciones. Pero la necesaria postura reactiva de la Magistratura en la determinación del derecho quedaría totalmente desnaturalizada si en su categorización se le considera únicamente defensor de la legalidad, pues la misión de velar por la observancia y cumplimiento de las leyes exige una postura activa en la búsqueda de la trasgresión⁶⁶². Por supuesto incompatible con el juez. Desde luego se reaviva la crítica italiana.

Y es que la misión de «defensa de la legalidad» y el sometimiento a la misma, igual que la obligatoriedad penal, otorgan un ámbito propio de autonomía funcional al MF, sin que no obstante quepa asimilarla a la muy exclusiva independencia judicial. Además, sus atribuciones de autonomía no necesariamente han de ser coincidentes.

661. DI FEDERICO, G., «Obbligatorietà...», *Riv. Arch...*, *op. cit.*, pgs. 292 y 293.

662. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Ministerio Fiscal», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, AA VV, Buena-ventura PELLISÉ PRATS (dir.). Francisco Seix (edit.), Barcelona 1974-1982, Vol. XVI, pgs. 405 y ss. O por referirnos en términos más estrictamente procesales, el juez lleva a cabo una «actividad creativa o jurídico-constituyente, cuya trascendencia explica la existencia de un manto protector de la Justicia, como es la imparcialidad. La actividad de los Fiscales, en cambio, es meramente jurídico-declarativa». Reproducimos la continuación de estas argumentaciones porque nos parece que, desde una visión estrictamente funcional del MF, describen concisamente una concepción completa de la institución. «El Fiscal es solo postulante de una determinada forma de entender el Derecho aplicable, cuya menor trascendencia frente a terceros justifica que el Ordenamiento Jurídico la proteja con muchas menos trascendencias con muchas menos garantías que el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Aquí es donde nacen las diferencias jurídico-estatutarias entre Jueces y Fiscales, y también las limitaciones institucionales de la Fiscalía, que, como sus decisiones carecen de ejecutividad propia, le impiden llegar a convertirse, aún dotada de la más absoluta autonomía, en un cuarto Poder del Estado, intercalado de facto entre los tres tradicionales». LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 168.

Ambos presupuestos garantizan un mínimo necesario en el Estado de derecho, pero como tuvimos ocasión de reflejar en el caso italiano, no prede-terminan una estructura orgánica de la institución. Porque además esta autonomía funcional no tiene por qué estar construida desde la óptica de su relación con el Ejecutivo. Tiene su propio ámbito material que, a nuestro juicio, reside fundamentalmente en la misión de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad» que dota al Ministerio Fiscal de la condición de acusador público en interés de la ley. Interés cuya última defensa corresponde al fiscal y cuya autonomía ha de permitirle una custodia objetiva e imparcial según su propio criterio técnico jurídico.

Es decir, el fiscal ha dejado de ser un acusador a ultranza o un mero instrumento acusatorio ante los Tribunales. Ya no es el fiscal quien «ante el mínimo indicio de delito... deduciría su pretensión acusatoria, teniendo ante los ojos, no su criterio personal, sino la posibilidad de una distinta valoración por el Tribunal, y por ello mantendría la acusación o llevaría su tesis acusatoria al máximo»⁶⁶³. El fiscal ya no está para ejercer por obligación la dialéctica hegeliana de plantear una antítesis a las tesis de la defensa para que el juez desarrolle y aporte finalmente una síntesis⁶⁶⁴. Puede y debe tratar de imponer el criterio objetivo e imparcial que considere más coherente en interés de la ley. Y esta autonomía debe poseerla el Ministerio Fiscal en relación al resto de poderes y también deben disfrutarla los fiscales a nivel interno. En España, en nuestra opinión, esta autonomía funcional, tanto a nivel externo como interno, está asegurada por la Constitución y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. No obstante, esta autonomía está muy alejada de la independencia.

Desde esta perspectiva, la crítica doctrinal –a nuestro juicio más radical– sobre la situación actual del Ministerio Fiscal español proviene de LÓPEZ LÓPEZ, para quien el MF español no ha dejado de ser un acusador público y no puede ser un defensor de la legalidad, sin perjuicio de que así lo prescriba la CE y lo argumente de este modo la doctrina. Es interesante su aportación, por lo novedoso de su enfoque, ya que dicho autor no se centra en la relación

663. Exposición de Motivos del Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Penal. Base XVI. Citado en MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 125.

664. El fiscal del art. 124 CE en su «defensa de la legalidad» responde a una concepción distinta de la del fiscal acusador a ultranza, cuestión que ya se subraya con claridad en la Circular de la Fiscalía del TS 7/78 de 30 de septiembre, siguiendo el criterio de «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*» que aplicado a la Fiscalía quiere decir que su titular no es sólo constitucionalmente garante de la legalidad punitiva, sino de toda ella. Esta idea rectora del MF español se califica además como «presupuesto esencial e insoslayable». Como afirma MARTÓN CASALLO, la «defensa de la legalidad no tiene otro límite ni condición que la de la Ley, cualquiera que sea su alcance y función». MARTÍN CASALLO, al respecto de la misma Circular, MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J. A., «El modelo...» (*Separata*), *op. cit.*, pg. 11.

de la Fiscalía con el Ejecutivo, sino en su intervención en el proceso. Dado el principio acusatorio formal y las competencias del Juez de Instrucción, que el citado autor juzga exorbitantes⁶⁶⁵, y también debido precisamente a ciertas interpretaciones del principio de legalidad –que lo asimilan con la independencia– queda claro desde la perspectiva de LÓPEZ LÓPEZ que el fiscal está lejos de promover «la acción de la justicia».

Bastante alejado quedaría también de ser un defensor de la legalidad, a pesar de existir una pretensión tan clara del legislador y paradójicamente su función más clara –según se distribuyen las competencias en el proceso penal– sería la de acusador público. Función que ejercería además de forma inadecuada, pues resulta a todas luces evidente que en el proceso penal español existe tan escasa unidad competencial en esta materia, que el fiscal se comporta como un mero actor más en un proceso que incorpora además muchos elementos inquisitivos. Y todo ello porque además de ser la acción generalmente obligatoria, el fiscal se integra en el proceso en una posición mucho más próxima a mantener la acusación a toda costa, que desde la óptica del mantenimiento de la defensa de la legalidad y, por tanto, de lo que el legislador español estima que es la justicia –ya matizaremos esta afirmación– obviando otras posibilidades.

En este sentido, ya previene el artículo 269 de la LECrim lo siguiente:

«Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el juez o funcionario a quien se hiciere a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere

665. En el proceso penal español, recibida la denuncia por el Juez de Instrucción, es él y no el Fiscal, el encargado de preparar todas las actividades encaminadas a la preparación del juicio y que constituyen la instrucción del sumario (art. 299 LECrim). Es el encargado de descubrir, examinar, recoger, conservar las huellas del delito, investigar las distintas hipótesis que se puedan plantear, aventurar sospechas o móviles, de los interrogatorios, las pericias, etc. Además, por el principio de oficialidad (art. 303 y 308 LECrim), el juez está obligado a investigar y perseguir todos los hechos delictivos de los que tenga conocimiento, aunque nadie se lo haya reclamado, siendo la acción también irrenunciable –según el art. 106 LECrim: «La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida»–. Es además una función que no se limita a verificar las afirmaciones hechas por las partes, incluidas las del Ministerio Fiscal, ni tampoco le vinculan, pudiendo investigar el Juez de Instrucción todos los hechos, incluso los que no han sido incorporados al proceso por sujeto alguno. Durante la instrucción, el Juez de Instrucción busca lo que constituye la verdad material de los hechos. Y tanto es así, y tan amplias son las competencias del Juez de Instrucción en esta fase del procedimiento, que los arts. 642, 644 y 790.4 de la LECrim, le permiten buscar acusaciones fuera del proceso, en el caso de que la única acusación personada –por fuerza el Ministerio Fiscal– le solicite el sobreseimiento de la causa. Volveremos a ello al hablar de la unidad del MF español.

manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquella indebidamente.»

Lógico le parece pensar a LÓPEZ LÓPEZ, que pudiendo evitar el Ministerio Fiscal esta responsabilidad, dando mero traslado a la Magistratura de la denuncia formulada, así lo haga. Máxime cuando es fácil que éstas lleguen al conocimiento del juez, mediante el ejercicio de la acción popular y traslado de la denuncia por parte de otro funcionario, siendo el fiscal quien comienza a tener en esta fase, competencias subsidiarias.

Y así, los fiscales, asumiendo estrictamente la función de celosos cumplidores de los mandatos legales, evitarían de este modo asumir la grave responsabilidad que entraña el ejercicio adecuado de su misión, haciéndola descansar sobre los hombros de la Magistratura⁶⁶⁶. Más bien parece por tanto, que el fiscal adopta una actitud de parte, similar a la del abogado de la acusación que recuerda a la del fiscal americano. Y no es precisamente justicia lo que busca una parte que tiene pretensiones, sino precisamente obtener su propia pretensión, sea justa o no. Pero recuérdese también lo distintos que son los modelos de fiscalía europeos y americanos y sus distintas finalidades. Puede ser también que el legislador español considerase que la mejor manera de hacer justicia es la que se asegura una acusación, pese a quien pese. En cualquier caso es eso lo que consigue.

Pero no se puede achacar toda la culpa a una actitud eximente de responsabilidad por parte del Ministerio Fiscal. Si el juez puede conocer de una denuncia que ha archivado un fiscal, si también puede incluso el Juez de Instrucción interesar acusaciones fuera del proceso en caso de que éste solicite el sobreseimiento definitivo o provisional de la causa (arts. 637 y 641 LECrim), haciendo «de promotor de la actuación de la Justicia y censor de la interpretación que, de la legalidad, ha hecho el acusador público»⁶⁶⁷ y por si faltara algo, si el tribunal puede interrogar por su cuenta a los testigos, como le habilita el párrafo segundo del art. 708 LECrim, o puede asimismo

666. Afirma dicho autor en este sentido que «para un fiscal es más fácil y, sobre todo, mucho menos comprometido profesionalmente, aun a sabiendas de que no existen pruebas de cargo bastantes para destruir la presunción de inocencia del imputado, calificar de delito, primero, y acusar en juicio, después, que solicitar directamente el archivo de la causa durante la instrucción o retirar la acusación en el juicio oral [...] si este mismo Fiscal sostiene una acusación incorrecta o poco fundada no adquirirá responsabilidad alguna por la condena o absolución posterior del acusado que, naturalmente, asumirá el Tribunal en la sentencia» LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 112.

667. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, «Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988», *La reforma del proceso penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990; pg. 47. Ver también a este respecto los artículos 642, 644 y 790.4 de la LECrim antes citados.

acordar la práctica de diligencias de pruebas no propuestas por las partes en virtud del art. 729 LECrim, pudiendo modificar la calificación jurídica de los hechos realizada por las partes (art. 733 LECrim), parece de todo punto normal que el fiscal adopte este tipo de actitudes y que no se encuentre seguro ni con garantías suficientes para el correcto ejercicio de su misión. Máxime cuando así les parece que debe ser a parte de la doctrina⁶⁶⁸. Por lo tanto, no debe sorprender a nadie que entre los fiscales se haya generalizado una tendencia «pro acusación» más que a favor de la justicia o en defensa de la legalidad, que son los valores que según la Constitución española debían inspirar al Ministerio Fiscal.

Por cierto que el Ministerio Fiscal no es el encargado de la ejecución de las sentencias, pues «corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en virtud de la potestad jurisdiccional definida por el legislador constitucional»⁶⁶⁹; ni tampoco puede el fiscal impugnar la legalidad pues no se encuentra legitimado para presentar un recurso o cuestión de inconstitucionalidad⁶⁷⁰.

Existen otras posiciones doctrinales, como la de LÓPEZ LÓPEZ que hemos

668. Al respecto pueden verse las opiniones de FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *La Reforma Procesal Penal 1988-1992*, Edersa, Madrid, 1992; pg. 173; o también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, Civitas, Pamplona, 1999, pg. 77; o ALCALÁ-ZAMORA DEL CASTILLO, quien afirma con meridiana claridad que, en caso de duda razonable, mientras el juzgador debe absolver al acusado obligatoriamente (*in dubio pro reo*), el Fiscal, está obligado a ejercer la acusación (*in dubio pro societate*) «para no obstaculizar el funcionamiento de la jurisdicción». Opinión que, en realidad, como ya hemos analizado, le distanciara de CONDE-PUMPIDO, C., poniéndose de manifiesto que la concepción formal de defensa de la legalidad acaba convirtiendo al MF en un mero acusador público, sometido al principio de legalidad pero parte en el proceso al poseer un claro interés acusatorio y, distinguiendo la imparcialidad del juez de la objetividad del Fiscal. Extremo éste que no comparten las concepciones que sitúan al Fiscal como un *custus legis* independiente. ALCALÁ-ZAMORA DEL CASTILLO, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, UNAM México, 1974, Tomo I, pg. 309.

669. Ver art. 117.3 CE. Competencia que sí poseen el MP italiano y holandés. Curiosamente ambos desde la perspectiva de su pertenencia al Poder Judicial.

670. La crítica de LÓPEZ en nuestra opinión resulta aquí excesiva. La defensa de la legalidad debe hacerse en el ámbito de la promoción de la justicia en los tribunales. El recurso de inconstitucionalidad es una defensa en abstracto de la Constitución que no tiene nada que ver con la promoción de la acción de la justicia. Es lógico que éste sea un recurso residenciado en quien actúa como legislador. Al fin y al cabo el Tribunal actúa como un legislador negativo. La nueva Ley 24/07 de modificación del EOMF, ha añadido al antiguo artículo 4 (art. Único ap. 3) la expresa mención a la intervención del Ministerio fiscal en las cuestiones de inconstitucionalidad según la LOTC (arts. 35-37). A nuestro juicio esta intervención sí resulta fundamental en su misión de defensa de la legalidad y no se entendería su exclusión. Entendemos también que no se le otorgue la facultad de su interposición, simplemente porque no tiene sentido. Defendida ante el tribunal su interpretación y pretensión jurídica, es el Tribunal exclusivamente el que ha de decidir, por tanto el único que ha de plantearse su constitucionalidad. Preguntado el TC por el magistrado, el fiscal debe aportar su criterio al respecto.

venido citando, que no asumen un concepto formal de legalidad, quien afirma que no se trata de un rígido esquema formal «activado por el puro voluntarismo de sus redactores y encerrado en los límites infranqueables de la lingüística como fórmula o revestimiento indispensable a toda formulación jurídica». La legalidad debe ser entendida como el conjunto del sistema que proclama como prioritarios los derechos y libertades de los ciudadanos. Y en dicho contexto, el fiscal debe moverse con libertad para hacer prevalecer la legalidad acorde con estos principios. En este terreno de la adecuación de la norma a los principios y valores fundamentales del sistema democrático, «en la actualización de la normatividad a la realidad y en la utilización de los valores sociales existentes en un determinado momento» es donde, a juicio del citado autor, debe asentarse la misión que constitucionalmente se encomienda al MF.

Cabe alinearnos con esta visión de la «defensa de la legalidad» por parte del MF, siempre que se acepte por otra parte que ésta trasciende una función esencialmente técnica, del modo que se pretende la función o la posición del magistrado. Y no cuando de ello se derive además que «el control jurídico del sistema pasa por el control del Ministerio Fiscal, o si se quiere, el control del fiscal equivale al control, en gran parte, de la actividad jurisdiccional». Como contrapartida se afirma que la independencia del MF «es un presupuesto inexcusable para la efectividad, garantía y seguridad jurídica de todos los ciudadanos»⁶⁷¹.

Que el control de la actividad jurisdiccional sea sin duda una de las misiones fundamentales del MF nos parece totalmente adecuado, pero si ese control está dirigido a la «actualización de la normatividad a la realidad y a la utilización de los valores sociales existentes en un determinado momento», entendemos que no se alcanza a justificar la necesidad de la independencia del MF. Entendemos la necesidad de una autonomía funcional, pero no la que se relaciona con su independencia.

Retomando la crítica doctrinal italiana de una actividad que, aun en defensa de la legalidad, requiere de acciones positivas –recuérdese que la actividad del MF es «promover la acción de la justicia»– los márgenes de discrecionalidad técnica son muy amplios; si a ello se le añade que la «defensa de la legalidad» es un presupuesto mucho más genérico que la obligación italiana –y en este sentido la construcción italiana resulta más coherente– pues para asimilar la Magistratura decisoria con la requirente, parece imprescindible asumir la obligatoriedad absoluta como principio funcio-

671. Para todas estas citas, MARTÍN PALLÍN, J. A., *El Ministerio...*, Poder Judicial..., *op. cit.*, pg. 1799.

nal⁶⁷² y al atribuírsele adicionalmente la actualización de la normativa a la realidad y la actualización de los valores sociales, no se nos ocurre cómo el MF puede realizar esta labor, de qué modo puede hacerlo, desde el aislamiento institucional. Y además, sin asignarle responsabilidad política alguna.

De nuevo la opinión más contraria a esta posición doctrinal, partiendo de su propia crítica a la situación actual de la Fiscalía española, es la de LÓPEZ LÓPEZ. Este autor subraya la redacción del art. 124 CE que enumera las funciones del fiscal, siendo la primera enunciada la de «... *promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad...*», introduciéndose por tanto el principio de legalidad como objeto específico susceptible de defensa por parte del Ministerio Fiscal. Para dicho autor no es baladí dicha especificación, puesto que si se tiene en cuenta además que únicamente es susceptible de protección el interés público «*tutelado por la ley*», se estaría dejando fuera la defensa de distintos elementos que también conforman el ordenamiento jurídico y que no se agotan en la ley, por ejemplo, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, o los intereses generales definidos, pero no positivizados. Tomando como referencia el art. 27.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), que establece el ámbito objetivo del recurso de inconstitucionalidad, cabe determinar claramente las normas que, en nuestro ordenamiento, poseen fuerza de ley y que, por tanto, conforman el contenido del principio de legalidad en nuestro sistema jurídico:

- Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes Orgánicas.
- Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley. En el caso de los Decretos Legislativos se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 82.6 de la CE.
- Los Tratados Internacionales.
- Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales
- Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a la delegación administrativa.
- Los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Este ordenamiento es el objeto específico de la acción penal por parte del fiscal. Todas las demás normas que integran nuestro ordenamiento jurídico quedan fuera, sin perjuicio de su relevancia jurídica, porque no forman

672. Sin perjuicio de que dicha fundamentación no nos parezca suficiente, puesto que como creemos ha quedado ya de manifiesto, en ningún caso nos parece que se puedan asimilar ambas figuras, ni nos parece procedente que se intente.

por tanto parte del estricto concepto de legalidad que utiliza la CE. Su defensa y promoción no puede ser incluida en el mandato que el art. 124 encomienda a los fiscales⁶⁷³.

Un posicionamiento doctrinal intermedio que, a nuestro juicio, merece la pena destacar por su coherencia, es la mantenida por GRANADOS. Considerando dicho autor que el principio de legalidad trasciende la letra de la ley, la *suprema ratio* de la misión del fiscal no sería la defensa de la legalidad en abstracto, sino la de los valores superiores que dan vida a la misma⁶⁷⁴. De la defensa fáctica de la legalidad vigente ya se ocupan los tribunales, el Tribunal Constitucional o los demás órganos garantes del orden jurídico en su conjunto. La defensa del MF, indirecta pero esencial, consiste en ejercitar las acciones procesales conducentes en cada caso, con el fin de que los órganos jurisdiccionales competentes aseguren o restituyan la legalidad en cuantos supuestos concretos se haya producido, real o potencialmente, su perturbación o inobservancia. Defensa o restitución de la legalidad que promueve el MF pretendiendo la satisfacción jurídica en favor de personas o colectivos, siempre en «*interés de la ley*» y no de las propias personas o colectivos.

Establecida la misión del MF como una búsqueda del interés de la ley que se le ha encomendado proteger promoviendo la acción de la justicia ante los tribunales, parece razonable preguntarnos con GRANADOS «si la misión del Ministerio Fiscal... en defensa de la legalidad ha de entenderse como emanada de su particular interpretación o, por el contrario, precisa del impulso de cualquiera de los poderes coautores de esa misma legalidad»⁶⁷⁵. Conviene

673. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pgs. 98 y 99. Doctrina, por ejemplo, que se sostiene en la Consulta 12/1997 de 30 de octubre. «Sobre la interpretación que deba darse al art. 41.2 del RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la LO 7/1985 sobre extranjeros»— cuando sostiene que «podría decirse incluso que la norma controvertida carece de fuerza obligatoria para los representantes del Ministerio Fiscal, dado que nos encontramos ante una norma de rango reglamentario». Recordemos que lo propio del Reglamento, lo que le separa definitivamente de la Ley es que es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, y, además, es obra de la Administración. De producirse alguna irregularidad en relación con un Reglamento, el art. 6 de la LOPJ es taxativo al señalar que «Los Jueces o Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa».

674. Subraya dicho autor: «no de la letra [de la ley], cuanto del espíritu de las leyes y, desde luego no buscándola como objetivo para la defensa de los derechos individuales». GRANADOS CALERO, F., «El Ministerio Fiscal y su defensa de la legalidad», *Estudios del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia e Interior, Vol. II, Madrid, 1995, pg. 873.

675. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente...*, *op. cit.*, pg. 152. A lo que se responde afirmativamente ya que a la condición de coautores de estos poderes —Ejecutivo y Legislativo— «parece lógico no sólo añadir una mejor disposición objetiva a entender que determinado supuesto práctico es susceptible de vulnerar el ordenamiento jurídico sino materializar el indudable interés en evitar que se conculque la legalidad que surgió como fruto de las propias funciones constitucionales».

precisar que no se refiere a la necesidad de «impulso» en la actividad el Ministerio Fiscal que, como hemos ya señalado, le pertenece con autonomía al órgano y a cada fiscal, pues no necesitan ni el órgano ni los fiscales órdenes expresas de actuación, sino al «*impulso*» en interés de la ley. Es decir, cabe plantearse si resulta conveniente que sobre una ley –por ejemplo, la LO 15/2007 modificadora de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial–⁶⁷⁶, el Gobierno, promotor de la misma, promueva interpretaciones y modos de aplicación de la misma⁶⁷⁷. Y así mismo cuestionar cuál sea la relación o postura que debe guardar la Fiscalía ante dichas interpretaciones.

En realidad, retomando el inicio de este epígrafe, la cuestión puede plantearse de manera previa incidiendo sobre el punto fundamental de discusión. No cabe duda de que el principio de legalidad es una de las garantías sobre la que se fundamenta y sostiene el mismo Estado de Derecho. Y tampoco se discute que la legalidad del vigente Estado social y de derecho, trasciende más allá de ser un mero instrumento que garantiza la paz social. Es además el principio motor en el desarrollo de los derechos fundamentales y en la consecución de los valores superiores del ordenamiento jurídico⁶⁷⁸. Si el Ministerio Fiscal ha de promover su defensa, cabría preguntarse cuál es la relación de la misión atribuida al Ministerio Fiscal con el conjunto del sistema político, o más concretamente, cuál es la aportación del MF a la consecución del principio de legalidad en el conjunto de instituciones del Estado. Si la legalidad es portadora de los valores superiores del ordenamiento ¿corresponde al Ministerio Fiscal ser a su vez el órgano portador ante los tribunales del programa constitucional?

Como hemos venido afirmando, la primera transformación del principio de legalidad surge en el Estado liberal de derecho como consecuencia de su irrenunciable conexión con la soberanía popular, produciéndose una primera «reubicación», en realidad, creación prácticamente, de un MP en la esfera del Ejecutivo.

Una segunda transformación del principio de legalidad surgida al amparo del Estado social como instrumento para la consecución de valores como la igualdad o la justicia, obliga de nuevo a replantearse la posición del MP en el marco de los poderes del Estado.

676. BOE núm. 288, sábado 1 diciembre 2007.

677. Hay que recordar que esta LO ha establecido muchos delitos nuevos –modificando los arts. 379-385 del CP– introduciendo la calificación de delito para conductas que previamente eran constitutivas de faltas o incluso de meras sanciones administrativas.

678. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 391. Cuya opinión seguiremos y pretendemos «defender» en gran medida en este punto.

Creemos que en una democracia tan asentada y longeva como la holandesa, esa transformación de la legalidad ha sido asumida tiempo atrás, y justamente su MP ha mantenido siempre su mismo carácter esencial. En Italia o en España ha sucedido lo contrario. No obstante, en estos procesos, creemos que el MP italiano ha acabado siendo un órgano concebido esencialmente para la «defensa» de esos valores, mientras que el español tiene capacidad de defensa y también de promoción de los mismos. A un sector de la doctrina no le cabe la menor duda de que así debe ser. Precisamente del art. 124 CE se desprende la configuración de una institución concebida en defensa de la igualdad, la libertad y la justicia independiente. Esta conexión entre los valores superiores del ordenamiento jurídico y la capacidad funcional atribuida al Ministerio Fiscal constituye un punto inicial y fundamental en el conjunto de la interpretación constitucional sobre la naturaleza jurídica de la institución, lo que resulta esencial para entender los conceptos de interés público y autonomía funcional del MF.

Hemos subrayado ya esta característica específica del MF español frente al holandés o el italiano. El art. 124.1 CE ha querido y pretendido establecer cuáles son esos valores superiores que debe perseguir el Ministerio Fiscal en la defensa y promoción de la acción de la justicia y en defensa de la legalidad: la defensa de los derechos de los ciudadanos, la satisfacción del interés social y la salvaguarda de la independencia de los Tribunales. En el plano funcional, la institución española ha quedado comprometida en el desarrollo de los derechos fundamentales y en la tarea de transformación social que constituyen «pilares básicos del *indirizzo* político de la Constitución»⁶⁷⁹. Y nuestra opinión es que esta situación no sucede ni en Holanda ni mucho menos en Italia, debido a su excesiva independencia. En el sistema holandés sucede del mismo modo mas por todo lo contrario, por su estrecha conexión con el Ejecutivo y con la tarea claramente delimitada de ejecución del programa de gobierno sobre política criminal.

En definitiva, en nuestro sistema, la aportación constitucional más notable sobre el Ministerio Fiscal procede de la vinculación del principio de legalidad al cumplimiento y efectividad de los valores superiores del ordenamiento jurídico. De este modo el MF supera el estrecho campo de la defensa del orden público y el *status quo* para convertirse también, a través de su –tan criticado– estatuto funcional establecido en el art. 124 CE, en órgano de

679. *Ibidem*, pgs. 390-392. Lo que para este autor constituye sin duda el fundamento por el cual las funciones del MF han ido incrementándose cuantitativa y cualitativamente. En realidad, es el propio Estado quien ha ido asumiendo una mayor protección y promoción de los valores, en definitiva más compromiso, que traslada a los Tribunales a través del MF.

defensa y promoción de los valores superiores a través de la aplicación del derecho⁶⁸⁰. Si Holanda se sitúa en el extremo más favorable a esta opinión construyendo el concepto de «*law in action*»; Italia, se sitúa en el otro extremo con la obligación penal como principio continente de la sujeción exclusiva a la ley y su aplicación imparcial y automática, a través del cual se extraen exclusivamente los valores del ordenamiento. El Ministerio Fiscal español se sitúa en un punto medio. De gran virtud añadiríamos. Como veremos, su posición institucional en relación a su vinculación con el poder político, se sitúa también en un punto medio entre Holanda e Italia.

Respecto al contenido material de la misión del MF con respecto a la legalidad constitucional, es posible distinguir tres planos:

- i) La defensa de la legalidad se concreta en promover el restablecimiento de la misma siempre que ésta haya sido conculcada: Hay que recordar una vez más que la legalidad se defiende en y a través de la promoción de la acción de la justicia. El medio natural del desarrollo de la actividad del MF es el litigio. El proceso judicial es el vehículo para la aplicación de la norma jurídica y para el restablecimiento del orden jurídico. Hay que recordar que el MF no es un órgano llamado a actuar en prevención del delito, sino en su consecuencia.
- ii) Se trata de una defensa concreta y no difusa de la legalidad: la trasgresión de la norma que provoca la intervención del MF ha de ser concreta, puntual e individualizada. La defensa de la legalidad no es una competencia universal que permita al MF un comportamiento a modo de «*deus ex machina*» que le permita depurar *erga omnes* el ordenamiento⁶⁸¹. Dos son las cuestiones discutidas por la doctrina en este punto: la amplitud de la defensa de los derechos de los ciudadanos y las competencias del MF en la jurisdicción constitucional. Respecto a los derechos, es evidente que el MF no es el defensor de todos los derechos subjetivos. Todo lo contrario. Desde su origen histórico el MF ha quedado ligado a la defensa de los derechos cuya protección trasciende de lo privado y subjetivo, y forma parte de la esfera de lo público y objetivo⁶⁸². En cuanto a su intervención ante

680. *Ibidem*, pg. 403. Desde luego esta perspectiva asume el presupuesto de que «la ley, en su abstracción, no es algo que pueda actuar por sí misma. Necesita de órganos uni o pluripersonales que la actúen en su incidencia en la realidad jurídica». COBO DEL ROSAL, M., «El principio de legalidad y Ministerio Fiscal», *Cuadernos de política criminal*, núm. 2, 1977, pg. 26.

681. JIMÉNEZ-BLANCO, A., «Relevancia...», *op. cit.*, pg. 1637.

682. Cabe recordar que la enmienda 441 del Grupo Socialista en el Congreso planteaba el siguiente texto «*velar por la protección de los derechos y libertades fundamentales*». Especificación que algún sector de la doctrina ha acabado por echar de menos en el texto constitucional. MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 148.

el TC, creemos que ambos planos justifican su exclusión de la legitimación para la presentación de un recurso de inconstitucionalidad⁶⁸³.

- iii) La misión de la defensa de la legalidad está sujeta a dos finalidades: la defensa del interés público y la satisfacción del interés social, que se sitúan asimismo en estrecha relación con los orígenes del moderno MF y su defensa de la legalidad «revolucionaria». Ambas finalidades se convierten en el criterio legitimador y la guía de la intervención de la institución. Es el MF quien representa el interés del Estado⁶⁸⁴ frente a los tribunales, cuya estricta independencia les incapacita para buscar o satisfacer los intereses del Estado. Que por cierto, no es estático. El interés público y el interés social cumplen la función de delimitar el ámbito y finalidad que corresponde al Ministerio Fiscal como órgano promotor y defensor de la legalidad ante los tribunales en el Estado Social y de Derecho⁶⁸⁵.

3.2. La defensa de los derechos de los ciudadanos y la satisfacción del interés social

Como ocurre con la defensa de la legalidad, el significado de la defensa de los derechos de los ciudadanos es también objeto de polémica doctrinal, relacionada con la propia perspectiva que se adopte acerca del significado de la defensa del principio de legalidad. Lo cierto es que, para muchos autores, las misiones de promover los intereses públicos y sociales, tutelar los derechos de los ciudadanos y velar por la independencia de los tribunales son simplemente «una proyección más destacada de la función esencial de defensa de la legalidad»⁶⁸⁶.

683. En contra GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente...*, cit., pg. 256. Para quien «desde una perspectiva de hermenéutica jurídica» no es posible defender su exclusión.

684. Entendido éste siempre como el interés del Estado-comunidad, cuyo interés se encuentra descrito en la Constitución y las leyes, y no como el interés del Estado-aparato o del Estado-persona, es decir, de los intereses del Estado-Administración, cuya defensa se atribuye al Abogado del Estado. Sobre esta distinción insiste precisamente ZANON, N., *Publico...*, op. cit., pgs. 89-97.

685. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, op. cit., pgs. 401-409.

686. Así para CONDE-PUMPIDO, C., desde una concepción de legalidad formal, afirma: «A la defensa de la legalidad, ya destacada y que va a dar entrada al MF en nuevos terrenos, en el que aparece legitimado en función de esa misión garantizadora del ordenamiento, se agrega la intervención en defensa de los derechos de los ciudadanos, que constituye una misión consustancial en el órgano de la legalidad de un Estado democrático, y da un sentido orgánico y pleno a lo que en la legislación precedente eran intervenciones fraccionadas en defensa de alguno de esos derechos... La intervención en el proceso de amparo constitucional es secuela de esa nueva función del Fiscal». «La naturaleza...», op. cit., pgs. 867 y ss.

Al respecto, subraya Díez-PICAZO acertadamente que la defensa de los derechos de los ciudadanos, unida a la defensa de la legalidad, son precisamente las funciones que requieren de una importante autonomía del MF. Requieren de la máxima objetividad, del examen desapasionado e imparcial de la legalidad y de los derechos en juego. Y por supuesto, de una absoluta independencia frente a los intereses de los órganos políticos y administrativos.

Es desde esta exclusiva perspectiva desde la que puede parecer lógico que se postulen determinadas posiciones doctrinales favorables al modelo italiano, mostrando crecientemente su preferencia por un órgano independiente. Sin embargo, a nuestro juicio, no resulta necesario adoptar semejante disposición institucional para que el MF español pueda ejercer una defensa adecuada de sus misiones.

No cabe duda de que la novedad, sin precedentes en el constitucionalismo español, que supuso la inclusión de la defensa de los derechos de los ciudadanos entre los cometidos del Ministerio Fiscal, constituye una de las aportaciones más relevantes del moderno constitucionalismo, y que no tiene equivalente ni en Italia ni en Holanda. En nuestro sistema, el MF había venido siendo esencialmente hasta entonces un defensor de la legalidad objetiva, con mínimas excepciones en el ámbito civil. O como subraya GRANADOS, garante de las normas procesales para el correcto y ordenado ejercicio de las acciones conducentes a la satisfacción del derecho; misión fundamental que, a nuestro juicio, caracteriza, aún hoy, al MP italiano. Nos encontramos por tanto ante un acierto constitucional que la CE acentúa y subraya como un cometido genérico que, evidentemente, se desprende de su función de defensa de la legalidad, pero cuya relevancia constitucional obliga a reinterpretarlo en el contexto del nuevo sistema político español⁶⁸⁷, marco en el que su nueva posición de defensor de los derechos habrá de hacerse compatible con la de acusador público.

En todo caso resulta paradójico que un Ministerio Público como el italiano, que se sitúa en perfectas condiciones de independencia para constituirse en defensor de los derechos de los ciudadanos, no se haya visto reforzado ni constitucional ni legislativamente en dicha función, más allá de su actividad como acusador público y defensor de la legalidad. Pues precisamente no sería en este ámbito de su misión sino precisamente respecto de sus cometidos como acusador público, cuando se muestra más cuestionable la naturaleza orgánica del MP italiano. A su vez, la Constitución y la legislación española han resaltado el papel del Ministerio Fiscal como defensor de

687. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 440.

los derechos de los ciudadanos partiendo de una configuración idónea como acusador público; misión que, como ya hemos analizado, se le adjudica sólo de manera indirecta⁶⁸⁸. Aunque esta paradoja tal vez sólo sea en apariencia.

Lo que la Constitución española subraya es la función de defensa subjetiva de la legalidad, es decir, lo que, desde la aplicación del principio de legalidad, implica de garantía, de protección y defensa para los derechos de los ciudadanos. Como señala FLORES PRADA, I., supone un cambio significativo en el mapa y hoja de ruta de los objetivos asignados al MF, de los que no es ajena, por supuesto, la fundamentación ideológica del moderno Estado Social. El derecho no se justifica por sí mismo sino en la medida en que sirve como instrumento de transformación social y de dignificación de la persona⁶⁸⁹.

Si nos alineamos con esta opinión, esta misión supondría a nuestro juicio una pretensión en exceso elevada y carente de sentido democrático al atribuirse a un órgano independiente y perteneciente al Poder Judicial. Semejante órgano no puede poseer legitimación para ejercer tan importante labor⁶⁹⁰. Es necesario que dicha institución mantenga relaciones con los ór-

688. Que el papel que desarrollan ambos órganos en defensa de los derechos de los ciudadanos es distinto resulta fácil de comprobar. Puede analizarse, por ejemplo, la ley 149/2001 de defensa del menor italiana y la representación de menores e incapaces por parte del Fiscal español. Y por supuesto, su importantísimo papel en el característico recurso de amparo del constitucionalismo español. Baste echar un vistazo a sus funciones enumeradas en la ley. Frente al art. 69 del r.d. de 1941, modificado después, apenas le otorga la función genérica de «*ejercer las funciones que la ley le encomiende*». Mientras que el art. 3 del EOMF contempla al menos seis funciones directamente relacionadas con la defensa de los derechos de los ciudadanos: 3.1. «*Velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes*». 3.3. «*Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa*». 3.6. «*Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley*». 3.7. «*Asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos*». 3.10. «*Interponer el recurso de amparo constitucional en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*». 3.12. «*Intervenir en los procesos judiciales de amparo*».

En todo caso, el MP italiano se encuentra en perfectas condiciones para la defensa de los derechos de los ciudadanos respecto a su relación con el poder político, pero no es así si se tienen en cuenta otras cuestiones orgánicas como es la unidad de la carrera de la Magistratura. Como ha señalado el propio Parlamento Europeo, la separación de la carrera es necesaria para poder desarrollar un proceso penal con todas las garantías. MAROTTA, Antonio, «Il Pubblico Ministero "italiano": una istituzione in crisi», *Rivista d'informazione carceraria, Casa di Reclusione di Porto Azzurro*, pg. 3.

689. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, op. cit., pg. 442.

690. La intervención del MF en el sistema de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, ha sido precisamente calificada como de

ganos políticos del Estado –aun desde su autonomía– y que como tal, pueda ofrecer asimismo una imagen propia, reconocible y susceptible de atribuírsele directamente una responsabilidad, si no política, sí pública. En este sentido, el MF español se encuentra en una posición orgánica más ventajosa que el MP italiano que no es una institución reconocible, diferenciada del Poder Judicial. Es por ello que la doctrina italiana haya insistido mucho en la separación de la carrera, tal y como tuvimos ocasión de analizar en el proyecto de la «*Bicamerale*».

Desde la perspectiva de la naturaleza del órgano, es evidente que esta misión dota precisamente al Ministerio Fiscal español de una indudable relevancia constitucional y de una posición muy particular. Debido a la atribución de defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, puede afirmarse que el Ministerio Fiscal es un órgano con una misión fundamental dentro del Estado, incluso se le puede calificar como un órgano del Estado y no como un órgano que actúa «en representación del Estado-aparato». El Ministerio Fiscal defiende la legalidad y los derechos de los ciudadanos dentro de la arquitectura institucional del Estado, en virtud del mandato del art. 124 CE. Su ejercicio no requiere por tanto de ninguna otra titularidad, sino que el propio mandato constitucional hace depositario al Ministerio Fiscal de una misión de la que es titular y que ejerce con autonomía funcional y de la que es el único responsable⁶⁹¹.

saludable posibilidad para la discrepancia institucional entre el Poder Judicial y el Ministerio Fiscal en la interpretación de las leyes. DOLZ LAGO, M^a Jesús, «Acerca de la naturaleza dinámica y finalidad tuitiva de la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de protección jurisdiccional de la persona», *Rev. Poder Judicial*, núm. 14, junio 1989, pg. 93. Si se analiza la naturaleza del MP italiano, es imposible pretender semejante virtud.

691. Hay que recordar que las funciones del MF se ejercen «*sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos*»; así el MF no es el único titular de la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y como ya ha sido mencionado en este trabajo, esta previsión constitucional se deriva de las posibles funciones coincidentes que podían atribuirse al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de los ciudadanos. De ello es buena prueba la legitimación del Defensor del Pueblo en el recurso de amparo constitucional y la legitimación del MF en el amparo judicial –cuya regulación, quizá convenga recordar, ya no se encuentra en la antigua LO «provisional» 62/1978. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) 29/1998 [disp. Derogatoria 2 c)], y la Ley 38/2002, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (disp. Derogatoria) han derogado todo el contenido de la ley. Hoy se encuentra regulado fundamentalmente en los arts. 114 a 122 de la LJCA–. Por cierto que, como señala HERRERO-TEJEDOR, esta función del MF y el propio recurso de amparo venían inspirados precisamente por modelo nórdico de Ombudsman. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., «El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales», *Cuadernos de derecho Público*; núm. 16, mayo-agosto 2002, pgs. 223-273. A favor de la regulación de ambos órganos –sin perjuicio de que ambas instituciones puedan coincidir en ciertas funciones, se muestra MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 146–. Para este autor, «la diferente morfología jurídica entre el Defensor

La posición del Ministerio Fiscal como órgano de garantía para la protección de los derechos de los ciudadanos por mandato constitucional, obliga a la defensa objetiva de la legalidad y del interés público que lo fundamenta. Interés que no tiene por qué ser coincidente con el interés del Estado-Administración, cuyas actuaciones de hecho, en ocasiones, vulneran los derechos de los ciudadanos. El Ministerio Fiscal debe ponderar el interés público presente en el litigio, debe hacerlo, no obstante, desde su autonomía como garante de los derechos de los ciudadanos, cuya defensa es obligada. Para guiar su acción en favor de los intereses del Estado-Administración, existe precisamente la figura del Abogado del Estado⁶⁹² cuya diferenciación respecto al MF es nítida en el derecho español. De modo similar a lo que anteriormente ya se hacía referencia a propósito de la defensa de la legalidad y la representación de los intereses del Estado en su conexión con la defensa de los derechos de los ciudadanos, la CE prescribe una concepción del Ministerio Fiscal «como protector de intereses del Estado no en su aspecto de persona jurídica o Administración [o Estado persona-jurídica frente al Estado-aparato en términos italianos], sino como órgano de tutela del interés del Estado como custodio de la legalidad»⁶⁹³. Y del interés público añadiríamos.

del Pueblo y el Ministerio Fiscal, la distancia que media entre los principios rectores de ambas instituciones, la legitimación procesal absolutamente restringida por parte del primero y la proximidad a los órganos jurisdiccionales para el segundo y, en fin, el diferente campo de acción de cada uno de aquellos órganos constitucionales impiden un juicio de reproche hacia facultades constitucionales que, a primera vista, pueden llegar a parecer coincidentes. Mientras el Ministerio Fiscal constitucionalmente diseñado aparece como un órgano con facultades de promoción ante los órganos jurisdiccionales, el Defensor del Pueblo ostenta, ante todo, unas posibilidades de estímulo, de coordinación y de armonización que debe contar con el indispensable apoyo de los restantes poderes del Estado. No debe olvidarse, por otra parte, que estamos hablando de la protección y defensa de los derechos fundamentales, materia en la que nunca sobrarán mecanismos de control y en la que habrá que elogiar cualquier actuación en su garantía». Suscribimos plenamente esta afirmación. Como subraya HART, «los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías». HART, H. L. A., *The concept of Law*, Oxford, 1975, pg. 176. En este sentido, cabe considerar que a las garantías constitucionales de protección de los derechos fundamentales que establecen los arts. 53, 55 y 168 CE, se suma la intervención del MF en su garantía jurisdiccional. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., «El Ministerio Fiscal en los procesos judiciales de protección de los Derechos Fundamentales», *Rev. Ministerio Fiscal*, núm. 3, enero-junio 1996, pg. 102.

692. Y lo cierto es que este problema de la posible duplicidad de funciones entre el Abogado del Estado y el Fiscal, ha llevado a rechazar la intervención del Fiscal en el proceso contencioso-administrativo. CARRILLO, Marc, *La tutela de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Ordinarios (La aplicación jurisdiccional de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona)*, CEP, Madrid 1995, pgs. 189 y 190. Sobre la intervención del MF en el procedimiento laboral puede consultarse a HERRERO-TEJEDOR ALGAR, *La reforma del Ministerio Fiscal*, Colex, Madrid, 2003, pgs. 111 y 112.

693. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, op. cit., pg. 449, citando a su vez a PRIETO-CASTRO, en *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Imp. Viuda de Galo Sáez, 1953, pg. 94.

En cuanto al contenido de la defensa de los derechos de los ciudadanos por el MF, sin perjuicio de su escasa determinación constitucional y previsión legislativa, la doctrina parece mostrarse bastante de acuerdo⁶⁹⁴, planteándose no obstante distintas sistematizaciones.

En líneas generales, pueden distinguirse dos grandes bloques de normas que se encuentran bajo la protección del MF.

- El bloque sustantivo de la legalidad, constituido por el conjunto de normas jurídicas positivas que afectan a la regulación de los derechos subjetivos de los ciudadanos y personas jurídicas, e incluso de los poderes públicos. Dentro de este bloque hay que poner en relación el art. 124 con el 10.1 de la CE. Como señala GRANADOS, si bien la defensa de la legalidad prima con carácter previo, pues sin dicho fundamento es evidente que los restantes derechos e intereses serían ilusorios, su explícita mención constitucional dota a la defensa de los derechos de los ciudadanos de un significado que va más allá de la mera consecución de la legalidad. Se pretende así destacar la importancia que tienen los derechos de los ciudadanos y su defensa como valor superior del ordenamiento; su relevancia como fundamento del «orden político y la paz social» (art. 10.1 CE). La misión del MF debe centrarse por tanto en la defensa de «*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás*» (art. 10.1 CE). Sólo así mantendrá el MF su título de promotor de la justicia y la absoluta necesidad de su misión al servicio de una sociedad libre y plural.
- El bloque adjetivo del sistema de legalidad, constituido por las normas procesales para el correcto y ordenado ejercicio de las acciones conducentes a la satisfacción del derecho en cada caso. Debe el fiscal por ejemplo asegurar que no haya dilaciones indebidas⁶⁹⁵. En definitiva, debe proteger los derechos fundamentales de la inercia burocrática y del silencio cómplice sobre prácticas procesales viciosas⁶⁹⁶.

694. Un buen estudio de la intervención del MF en los distintos procesos judiciales y sobre las distintas legitimaciones del Fiscal con respecto a derechos fundamentales, es el de HERRERO-TEJEDOR, *op. cit.*, pgs. 119-129. Según este autor la legitimación del MF con respecto a los derechos fundamentales puede dividirse en tres tipos: MF e intereses difusos; legitimación por la sustitución de persona aquiescente; legitimación del MF para recurrir en amparo contra la voluntad del interesado; y por supuesto su compleja legitimación propia.

695. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente...*, *op. cit.*, pgs. 154, 157 y 158.

696. MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 148. Por cierto que es en este punto donde también puede observarse la distinción entre el MF y el DP y la complementariedad entre ambas instituciones. Hay que recordar que según el art. 25.3 LO 37/1981 del Defensor del Pueblo, «*El FG del Estado pondrá en conocimiento del Defensor del Pueblo todas aquellas irregularidades administrativas de que tenga conocimiento el MF en el ejercicio de sus funciones*».

A su vez, dentro del bloque sustantivo cabe realizar otra distinción:

- La defensa excepcional de derechos subjetivos de carácter material, cuya protección en el proceso debe asumir el MF en virtud del interés público concurrente en la materia objeto del litigio.
- La defensa de los derechos fundamentales contenidos en la Sección Primera, Título I de la Constitución española. Lo que viene a concretarse, refiriéndonos a la actuación del MF ante los Tribunales de Justicia, en la persecución de los hechos delictivos que vulneren estos derechos; en los procedimientos judiciales para la tutela de las libertades públicas y derechos fundamentales de la persona; y, en tercer lugar, en la actuación del MF ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo.

Sin duda es el recurso de amparo constitucional el instrumento fundamental, característico del constitucionalismo español, a través del cual el MF ejerce su misión de defensa de los derechos de los ciudadanos. El Ministerio Fiscal ostenta, junto con el Defensor del Pueblo y las personas físicas o jurídicas con interés legítimo en la causa, legitimación constitucional para su interposición [art. 162.1.b) CE]. Ello tiene su traducción legislativa en el art. 46.1 de la LOTC. Pero el MF no sólo está legitimado para interponer el recurso en todas aquellas situaciones en que aprecie una posible vulneración de los derechos fundamentales, sino que además *«el Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley»* (art. 47.2 LOTC). Y es en torno a esta cuestión en la que surge una polémica interesante, ya que si bien la legitimación del Defensor del Pueblo no plantea excesivos problemas, no sucede lo mismo con la del MF.

Nos estamos refiriendo al planteamiento de si cabe preguntarse que el MF «en defensa de la legalidad» pueda recurrir las resoluciones favorables a los particulares. Así ocurrió en la STC 148/1994 con motivo de un recurso de amparo basado en una vulneración del art. 24 CE, por el que el MF interesaba del Tribunal Constitucional la condena efectiva de un individuo. Lo que siguiendo a algunos autores, «puede calificarse de verdadera degeneración del sentido propio de los derechos fundamentales». Al igual que sucede con la legitimación del Defensor del Pueblo, la legitimación del MF debería estar constreñida a aquellos supuestos en los que dicha institución actúa en defensa de derechos reconocibles individualmente. Y según esta opinión, habría de eliminarse del art. 47.2 de la LOTC la legitimación del MF para actuar «en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley»⁶⁹⁷.

697. REQUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995. Según este autor,

Siendo a nuestro juicio un planteamiento interesante y complejo, hemos de confesar que no tenemos una opinión consistente al respecto. No obstante, nos parece que el Ministerio Fiscal no puede actuar nunca en la consideración exclusiva de los derechos de los ciudadanos. En este sentido, entendemos que si bien las misiones del Ministerio Fiscal, son distinguibles en contenido y por definición, siendo a su vez portadoras de características particulares que determinan la naturaleza de la institución española, no son sin embargo ámbitos estancos de actuación. El fiscal no actúa en determinadas ocasiones en defensa de la legalidad, otras en defensa del interés público, o alternativamente en defensa de los derechos de los ciudadanos. La tipología procesal y el propio objeto del proceso determinarán el peso de cada dimensión, la preponderancia, en su caso, de una de ellas, pero todas las acciones del Ministerio Fiscal deben ser acordes con sus tres misiones de forma integrada. La legalidad, el interés público y los derechos de los ciudadanos no pueden ser ámbitos antitéticos de defensa, sino que precisamente de su valoración e interpretación conjunta en cada caso debe el Fiscal obtener la fundamentación de su motivación y el contenido de la actuación que corresponda.

En cuanto a lo que se refiere a la procura de la «satisfacción del interés social», la doctrina ha venido en ocasiones utilizando esta expresión en términos sinónimos con el interés público, aunque también se ha esforzado por diferenciar y dotar a dicho objetivo de un contenido propio. En este sentido, el objetivo de «satisfacción del interés social» ha adquirido un nuevo relieve al ser interpretado dicho interés en conexión con el contenido del Capítulo III, título I de la Constitución española, denominado *«De los principios rectores de la política social y económica»*. Partiendo de esta relación constitucional, si tal misión debe interpretarse como una acción dirigida a remediar situaciones injustas que contradicen lo dispuesto en el Título Primero de nuestra Constitución, en materias tan trascendentales como la protección de la familia y la infancia, la redistribución de la renta, el pleno empleo, el régimen laboral, es decir, los derechos económicos y sociales reconocidos en el Título

la jurisprudencia constitucional ha sido muy generosa con la apreciación del «interés legítimo» que requiere el art. 162.1 CE para la interposición de un recurso de amparo. Tanto es así, que una vez reconocida la legitimación no sólo de personas físicas sino también jurídicas, han intentado interponer recursos de amparo, personas jurídicas no privadas sino públicas. Se cita la anécdota por ejemplo, del Auto del TC 174/1993, que no admitió un recurso de amparo interpuesto nada menos que por el Gobierno de los EE UU, o del Auto del TC 113/2000 cuyo demandante era la República de Portugal. En cualquier caso, parece que la impugnación por parte de un órgano de la Administración que invoque determinados derechos fundamentales –el más utilizado es el socorrido art. 24 CE, donde parece caber todo– para pretender la nulidad de una resolución judicial favorable a un particular, es en palabras del citado autor «un fenómeno manifestamente inconcebible desde la perspectiva histórica y funcional de los derechos fundamentales».

I Cap. III, no cabe duda de que la CE encomienda una tarea al Ministerio Fiscal de extraordinaria relevancia y trascendencia. En este sentido lo que realmente importa o resulta del todo necesario es que, sin más demora, se produzca un acotamiento de este área concreta de actuación en el Ministerio Fiscal español, como viene señalando un sector de la doctrina hace ya años. De otro modo, el hecho de que tan extensa área permanezca indefinida, acaba produciendo cierta ineficacia en la intervención de un Ministerio Fiscal que no dispone de elementos adicionales de derecho positivo para fundamentar su actuación⁶⁹⁸.

En todo caso, cabe suscribir la posición de JIMÉNEZ VILLAREJO cuando señala que esta disposición constitucional pretende reflejar una idea tan interesante del derecho constitucional como es la del concepto de la «actividad promocional del derecho». Esto es, el derecho que no sólo debe salvaguardar y garantizar el *statu quo*, sino que sirve como instrumento de impulso y transformación paulatina en favor de la plena realización de los valores constitucionales, por ejemplo y especialmente, en relación a los contenidos del art. 9.2 CE⁶⁹⁹. Una institución como la del Ministerio Fiscal español que, como hemos venido subrayando, no ha sido configurada como un mero órgano requirente ante los tribunales –una cualidad o atribución que no cabe sin embargo predicarse de la institución italiana– ha de conseguir, a través de la procura del interés social, poner de manifiesto con su actividad los defectos y carencias de las normas positivas, actuando así como un instrumento adecuado para transitar hacia una promoción y construcción social más justa⁷⁰⁰.

698. JIMÉNEZ VILLAREJO, C., «El Ministerio...», *op. cit.* También cabe citar asimismo CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «La naturaleza...», *op. cit.*, pg. 867. Como afirma el propio JIMÉNEZ VILLAREJO refiriéndose a esta misma previsión que ya se contenía en el Estatuto del 1926, «salvo contadas excepciones, nadie se ha preguntado desde entonces cuál era el significado y el alcance de aquella afirmación y su repercusión en la misión confiada a los Fiscales». Si bien hay autores como FLORES PRADA, I., I., que niegan que «la tendencia deba dirigirse a concretar tal función sino a valorar, de forma progresiva, cómo la norma consigue adaptarse a esas expectativas». Y ello porque en realidad dicho autor considera que ningún ámbito de actuación en los que interviene el MF escapa al interés de la «procura de la satisfacción del interés social», no siendo por otra parte ningún escenario procesal más idóneo que otro para la consecución de esta pretensión constitucional.

699. Salvando las distancias con la cuestión que nos ocupa, aquellos defensores del «uso alternativo del derecho» ya hicieron notar con fuerza en la doctrina española la importantísima función social que cumple la ciencia jurídica. –«*Sobre el uso alternativo del derecho*»; LÓPEZ CALERA, N.; LÓPEZ SAAVEDRA M.; ANDRÉS IBÁÑEZ P. Fernando TORRES Editor, Valencia 1978–. En este sentido hay que constatar la gran evolución que ha sufrido la visión del derecho, desde el positivismo más puro hasta la crítica del materialismo histórico y dialéctico y en todo caso kelseniana, a través de su «Teoría Pura del Derecho». Es evidente que la concepción del derecho como ciencia y distanciada de una mera dialéctica ideológica, garantiza importantísimos mínimos de seguridad jurídica y de convivencia ordenada. Pero también es cierto que el derecho posee una función política, en el sentido en que puede no ser exclusivamente un puro y objetivo instrumento de justicia (BARCELLONA, PIETRO) al pretender la satisfacción de intereses concretos y determinados, pgs. 16 y 17.

700. JIMÉNEZ VILLAREJO, C., «El Ministerio...», *op. cit.*, pg. 83.

No obstante, el fiscal debe orientarse a «procurar» la satisfacción del interés social. No se trata de ejercer su defensa como ha de hacer con la legalidad, el interés público o los derechos de los ciudadanos. Tampoco puede o debe garantizarlo. Y ello es así porque de forma similar a como ya ha sido expuesto anteriormente sobre los derechos de los ciudadanos y la necesidad de que el fiscal cumpla con sus tres misiones de forma integrada, la «procura de la satisfacción del interés público» no puede en ningún caso contradecir la legalidad ni el propio interés público que emana de la ley. O en términos más formalmente expresados, el fiscal no puede tratar de defender principios constitucionales obviando la ley a la que está primeramente sujeto. Es en este contexto cuando se hace visible su importante labor crítica de la ley, que acabamos de comentar.

El Ministerio Fiscal es una institución idónea para poner de manifiesto todos aquellos problemas y contradicciones que la aplicación de la ley positiva produce respecto a la satisfacción del interés público. Es decir, el MF, aunque no en exclusiva, tiene encomendada la función de identificar la legitimación social del derecho como instrumento dinámico de transformación y convivencia⁷⁰¹. Pero el MF, en su actuación, no puede modificar la legalidad ni interpretarla arbitrariamente. Partiendo de la consideración de que la satisfacción del interés social tiene sobre todo su aplicación fundamental en los efectos de la sentencia, mientras que la legalidad, el interés público y los derechos de los ciudadanos los tienen en la propia aplicación y defensa de la norma, lo que pretendemos poner de relieve es que el fiscal habrá de tener siempre en cuenta las consecuencias humanas que se derivan del proceso y su relación con el interés social y su satisfacción sin que, en ningún caso, pueda evadir el marco normativo aplicable.

En cuanto al alcance del concepto y su significado, la doctrina ha venido asociándolo a cuestiones referidas al ámbito laboral. La satisfacción del interés social estuvo ligada en el régimen anterior a la idea de «acuerdo social», creando un enlace entre el interés social-jurisdicción laboral que se puso de manifiesto en la jurisprudencia del TS de los años 60, que reclamaba la intervención del MF en el proceso laboral⁷⁰². Lo que llevó a la idea, muy extendida en la doctrina, de que «mientras el interés público miraría más al Estado que a la sociedad, el interés social mira más a la sociedad que al Estado»⁷⁰³.

701. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pgs. 438 y 439. En realidad, FLORES PRADA, I., considera que ningún ámbito en los que interviene el MF escapa a la procura de la satisfacción del interés social, no siendo tampoco ningún escenario procesal más idóneo que otro para la consecución de esta pretensión constitucional.

702. MARCHENA, M., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 154.

703. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., «Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español», *Revista General de legislación y jurisprudencia*, 1967, núm. 4, pg. 465.

Situándonos más próximos a la posición doctrinal de aquellos autores que sostienen que toda actividad del MF debe procurar la satisfacción del interés social, hay que resaltar que otro sector de la doctrina ha intentado desarrollar una aproximación más concreta. En este sentido, se ha señalado que dentro de esta importantísima labor encajarían las funciones tradicionalmente desarrolladas por el MF en el orden civil, tanto en lo que respecta a la defensa de los incapaces, como en lo que a su intervención en los procesos de estado civil conciernen, incluida su intervención en el recurso de casación⁷⁰⁴. En todo caso, quizá lo más interesante sea que a través de la idea de los «intereses difusos» y su defensa, encuentre el legislador el acomodo para una intervención del Ministerio Fiscal español dirigida a procurar la satisfacción del interés social.

En cualquier caso el MF está legitimado para la defensa de estos intereses. Así lo ha señalado el TC en varias ocasiones. En su STC 86/1985 el Tribunal admitió sin reparos la legitimación activa del MF para interponer un recurso de amparo en defensa del derecho a la educación, de titularidad personal difícilmente concretable. Y de aquella sentencia se desprende además que no se trata de un recurso en «interés de ley», sino de un verdadero recurso de amparo en defensa de los intereses difusos⁷⁰⁵. La expresión está recogida además por el propio TC en sus SSTC 15/1989 y 119/1995.

Por último, nos gustaría resaltar en este punto una de las nuevas vías abiertas en el ejercicio de sus funciones por parte del MF. Siguiendo la última reforma del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, el art. 4.6 de la Ley 24/2007 ofrece al MF la posibilidad de establecer centros de relación con las víctimas y los perjudicados de las infracciones criminales cometidas en la circunscripción de cada fiscalía. Una de sus finalidades, junto por supuesto con la de recabar documentos y pruebas, es expresamente la de conocer los daños y prejuicios sufridos por las mismas. Si bien no es una competencia de la que se derive una acción directamente dirigida a defender los derechos de los ciudadanos o el interés público, no cabe duda de que estos centros facilitarán mucho, precisamente, en «procurar la satisfacción del interés social» en los Tribunales.

704. JIMÉNEZ-BLANCO, A., «Relevancia...», *op. cit.*, pg. 1638.

705. HERRERO-TEJEDOR ÁLGAR, F., «La reforma...», *op. cit.*, pg. 122.

La acción del Ministerio Público

I. EL INTERÉS PÚBLICO EN LA ACCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

(La defensa del «*interés público tutelado por la ley*». Una comparación sobre la introducción del «*interés público*» en España, Holanda e Italia)

Como ya se ponía de relieve en la introducción de esta tesis doctoral –y con ello retomamos los términos utilizados por Serrano Alberca– se defiende el interés público tutelado por ley cuando se activa el *ius puniendi* del Estado; cuando el Ministerio Fiscal interviene en un proceso civil en el que aparecen precisamente esos intereses que no pueden dejarse a la autonomía de la voluntad de las partes; o cuando las resoluciones judiciales no afectan sólo a las partes, sino al interés público y social⁷⁰⁶. O como subraya FLORES PRADA, I., puede afirmarse que el interés público vincula la intervención del Ministerio Fiscal a los supuestos de la indisponibilidad de los derechos, esto es, allí donde los particulares no son los únicos dueños de la acción en cuanto que su ejercicio afecta e interesa al conjunto de la propia comunidad⁷⁰⁷.

706. «Art. 124»; SERRANO ALBERCA, José M., en *Comentarios a la Constitución*, GARRIDO FALLA, Fdo. Civitas, Madrid, 1985, pg. 1814. Como hace notar el mismo autor, el art. 3 EOMF que desarrolla las funciones del MF, sólo se refiere al interés público en los apartados 6 y 9 (el apartado 7 sólo menciona el interés social) y siempre ligado al interés social.

707. FLORES PRADA, I., *El ministerio...*, *op. cit.*, pg. 417. Nos atreveríamos a señalar –como así advertíamos también en la introducción de nuestro trabajo–, que esta función del MF referida a la representación de unos intereses estatales bajo garantías judiciales, es tan consustancial al origen y esencia de esta institución como la defensa del principio de la legalidad. Han sido las diferentes construcciones constitucionales y doctrinales las que, en cada caso, han resaltado más una misión u otra. Por ejemplo, en Italia, ha predominado claramente la defensa formal de la legalidad y, en Holanda, el sistema se ha orientado sobre todo hacia la defensa del interés público.

Dado que parece indudable que el principio de legalidad y, más concretamente, su función de promoción y defensa es la base de todas las funciones atribuidas al MF, la cuestión, o el problema que debe plantearse, reside en la relación que ésta guarda con el propio interés público⁷⁰⁸. En este sentido cabe preguntarse si la propia misión de defensa de la legalidad aporta una nueva dimensión a la defensa del interés público «*tutelado por la ley*», si cabe dotarlo de contenido y, si es así, a quién corresponde su dirección.

A juicio de algunos autores, «*la promoción en defensa de la justicia*» se atribuye al MF en defensa de tres grandes principios: la defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley. La mención expresa de los tres principios por parte del constituyente indicaría que el principio de legalidad no agota el contenido de los otros dos. Por tanto, el interés público ha de tener un significado autónomo⁷⁰⁹. Pero existen opiniones doctrinales totalmente contrarias que, como ya habíamos aludido anteriormente, consideran la acumulación de cometidos como una yuxtaposición, no meditada, «*rémora histórico-legislativa que, lamentablemente, se ha cobijado en el texto constitucional*»⁷¹⁰. Si el interés público es el tutelado por la ley, sólo desde la imparcialidad puede éste llegar a definirse; y de su realización necesariamente ha de derivarse la satisfacción del interés social y la defensa del orden jurídico (legalidad)⁷¹¹.

708. SERRANO ALBERCA, J. M., *Comentarios...*, pg. 1807. Es evidente que sea cual sea su relación, el principio de legalidad condiciona una interpretación no excesivamente amplia del interés público al que se refiere la CE, que recordemos es en todo caso, «*el tutelado por la ley*». No obstante, sí permite distintas interpretaciones como enseguida veremos. Además, dentro de las funciones del MF que explicita el art. 3 del EOMF cabe distinguir aquellas que por su carácter genérico se conectan directamente con la función de defensa de la legalidad y otras que, por su carácter más específico, se relacionan con cada una de las funciones. No obstante, como matiza este autor «esta distinción tiene sobre todo un carácter metodológico, no debe considerarse absoluta y en algunos casos las actuaciones del art. 3 tienen relación con varias funciones a la vez».

709. MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, José Antonio, «El modelo constitucional...», *op. cit.*, pg. 10.

710. MARCHENA, M., *El Ministerio Fiscal...*, *op. cit.*, pg. 151. La referencia se encontraba ya incluida en la Ley Provisional sobre la Organización del Poder Judicial de 1870, que establecía la necesidad de promover la acción de la justicia en cuanto concerniente al interés público (art. 723). También el Estatuto de 1926 lo recogía en su artículo 1, y es la LO del Estado de 1967 la norma que matiza que los intereses públicos que han de defenderse son «*los tutelados por la ley*» (art. 35).

711. MARCHENA, M., *El Ministerio Fiscal...*, *op. cit.*, pg. 151, del mismo modo que sostiene que la propia promoción y defensa de la legalidad deben situar orgánicamente al MF en la esfera del legislativo, productor del bloque de juridicidad que el MF ha de defender, mantiene coherentemente que sólo la proximidad al órgano legislativo puede permitir al Fiscal llegar a captar por sí, sin necesidad de impulsos ajenos, cual sea la actividad jurisdiccional que aconseje, en un momento dado, la defensa del interés público o la satisfacción del interés social. Exponiendo abiertamente su postura, afirma: «nunca podrá desplegarse eficazmente esa labor de defensa y promoción de los intereses públicos tutelados por la ley mientras se propugne un modelo del MF próximo a la órbita del Ejecutivo». Cabe expresar nuestro desacuerdo con

Las formulaciones que más parecen abundar en la doctrina son las que perciben los intereses públicos como «una concreción de la defensa de la legalidad»⁷¹², o como ya se ha mencionado en términos quizás más afinados, los que los sitúan como una «proyección más destacada de la función esencial de defensa de la legalidad»⁷¹³. Sin embargo, tampoco podemos afirmar que dichos posicionamientos doctrinales resulten especialmente clarificadores al respecto. Máxime cuando las conclusiones, o los razonamientos que se derivan de tales afirmaciones, finalizan en planteamientos prácticamente opuestos, a su vez producto de las diversas posturas previas que se mantienen sobre el contenido del principio de legalidad. Así, GRANADOS insiste en la necesidad de concebir al MF como un órgano necesariamente conectado con los objetivos de los poderes que establecen la propia legalidad, y cuyo máximo interés es que el interés público y el interés social encuentren su adecuado amparo en el Poder Judicial. Misión que precisamente debe realizar el Ministerio Fiscal «comprometido» con los objetivos marcados por los poderes legislativo y ejecutivo cuyo interés concreto representa, estando «identificado» asimismo en el común objetivo de defender los derechos de los ciudadanos⁷¹⁴.

Para CONDE-PUMPIDO, C., en primer lugar, la defensa del interés público, al ser un interés tutelado por la ley, queda acotado por la legalidad, lo cual –según este autor– no parece dejar espacio diferenciado entre la letra de la ley y otros intereses. En segundo lugar, pertenece al pueblo, pero constituido en Estado. Es la Comunidad constituida en Estado la titular del interés público⁷¹⁵.

Independientemente de que se esté de acuerdo con una de estas dos

esta postura, porque significa ignorar el comportamiento de la realidad actual de la política española, donde es el Gobierno quien ejerce de máximo impulsor, defensor y responsable de la política legislativa que se produce a lo largo de toda una legislatura. Es decir, si el Gobierno consigue sacar adelante sus proyectos legislativos es porque concita el suficiente apoyo de la representación parlamentaria. Retomando el ejemplo de la LO 15/2007, sobre nuevos delitos sobre la seguridad vial, cabe reflexionar acerca de si el MF va a «captar» mejor la actividad jurisdiccional aconsejable, gracias a su proximidad al Ejecutivo o al Legislativo.

712. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente...*, *op. cit.*, pg. 163, o SERRANO ALBERCA, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, pg. 1814.

713. CONDE-PUMPIDO, C., «La naturaleza...», *op. cit.*, pg. 877.

714. GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal. Del presente...*, *op. cit.*, pg. 165.

715. CONDE-PUMPIDO, C., «La naturaleza...», *op. cit.*, 876. «El interés público que la doctrina hace sinónimo de bien común, se plasma esencialmente en los intereses de la comunidad organizada o Estado, especialmente en el interés de lograr la paz social por medio del castigo de los actos que perturben el orden jurídico y lesionen los bienes jurídicamente protegidos, de que son titulares los componentes del grupo social, tutela que se plasma muy específicamente a través del de la activación del *ius puniendi*. En cuanto a los intereses sociales han de entenderse como aquellos que en un momento histórico-político dado representen el bien y el progreso de la Comunidad que es base del Estado, cuya promoción, como mecanismo de ese progreso, se adjudica al Ministerio Fiscal».

posturas, se ponen de manifiesto dos visiones contrapuestas en un punto esencial, que además puede enfocarse también desde una doble perspectiva. Desde el primer punto de vista, puede afirmarse que, a partir de la ley, se genera un nuevo interés posterior y contiguo al alcance y significado de la propia norma, del que son titulares los órganos legislativos del Estado y que se extiende a su ámbito de interpretación y aplicación y en el que, evidentemente, el Ministerio Fiscal tiene asignada una misión muy concreta: su promoción y defensa ante los tribunales. Si retomamos la segunda perspectiva, la asimilación de los intereses públicos con el «*bien común*»⁷¹⁶ implica que, sin perjuicio de la literalidad de la ley, existe un único interés etéreo cuyo titular es el Estado, cuya exclusiva defensa se atribuye al Ministerio Fiscal y cuyo contenido se agota en el ejercicio de dicha acción de defensa de la legalidad ante los tribunales. O en otros términos, cabe resumir que la doctrina ha estado tradicionalmente dividida entre quienes consideran que el interés público no es un concepto que requiera de interpretación o de mayor concreción por que es el interés «*tutelado por la ley*», es decir, el que se deriva de la literalidad de la norma, por lo que nos encontraríamos frente un concepto genérico, que se concreta en la mera aplicación del derecho objetivo; y entre los autores que opinan, sin embargo, que el interés público tutelado por la ley es un concepto que debe ser interpretado y concretado en cada momento⁷¹⁷.

Desde el punto de vista comparado, la configuración del Ministerio Público italiano vendría a ser el paradigma de la primera de las posiciones enunciadas más arriba. Como señala CHIAVARIO, la Corte Constitucional italiana en su construcción del principio de obligación penal como competencia exclusiva e irrenunciable del MP impide que, entre la ley penal sustancial y su aplicación procesal, se introduzcan cualesquiera otras interpretaciones de los «*intereses*» colectivos o públicos que pudieran tener fuerza paralizante o que modifiquen –añadiríamos nosotros– los intereses que la propia Consti-

716. Asimilación que tuvo cierto predicamento en la doctrina, y que a nuestro juicio, asimila los intereses públicos a una especie de noción filosófica general que es «engullida» por la legalidad. Por Ej. MUÑOZ CALVO, J. L., «La independencia del Ministerio Fiscal...», *op. cit.*, pg. 2156. O FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, «El Ministerio Fiscal en España», Separata de: *Documentación jurídica*, núm. 10 y 11, pg. 119. También parece sostener esta postura Martín Pallín, pues según su opinión «en un sistema que se consagra para que elijan a sus representantes en el Parlamento, los intereses de los ciudadanos y las corrientes que lo configuran sólo pueden encontrarse en la totalidad de los sectores representados en sus escaños por el voto popular». De lo que se desprende que «todavía resultan más contradictorias las posturas antijudicialistas [en contra de un MF. independiente] cuando se enfrentan a la tarea de delimitar el campo del interés público tutelado por la ley y de cómo se puede llegar a satisfacer los intereses sociales por medio de la actuación concreta e individualizada del MF ante los Tribunales de Justicia», *op. cit.*, pg. 1803.

717. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 416.

tución italiana parece haber reconducido al exclusivo criterio del comportamiento vinculado –por su obligatoriedad constitucional– que corresponde a cada fiscal⁷¹⁸. A ello hay que añadir la eliminación interna de la jerarquía y la «personalización» del MP italiano, lo que viene a ser un ejemplo evidente de cómo partiendo de un principio orgánico puede desplegarse toda una dimensión funcional. En este sentido, podemos alinearlos con la opinión de FERRAJOLI cuando señala que el principio de obligatoriedad penal es el principio natural asociado a un proceso de acusación pública⁷¹⁹. Y por supuesto, cuando dicho autor subraya que, en base a la discrecionalidad técnica que supone la decisión de promover la acusación, no puede vaciarse el significado del principio obligatoriedad⁷²⁰.

No obstante, existen por lo menos tres cuestiones básicas a las que toda construcción del Ministerio Público ha de responder y que guardan relación directa con las posibilidades de definición del interés público:

1. La selección en el ámbito de la represión penal;
2. Los controles sobre la ortodoxia de la actividad no jurisdiccional, que desarrolla el MP en la fase de indagación e investigación penal;
3. Y por último, la efectiva unidad de dirección en la función acusatoria y su relación con el principio de igualdad⁷²¹.

En líneas generales, la doctrina y la jurisprudencia italiana, así como la doctrina española que se aproxima a esta postura, han querido responder a todas ellas con una determinada comprensión del principio de obligatoriedad o legalidad en el caso español y la defensa de una Fiscalía independiente.

1. SELECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA REPRESIÓN PENAL

A nuestro juicio, y como ya hemos venido subrayando de modo diverso a lo largo de estas páginas, la solución italiana es cicatera al respecto, al ser

718. CHIVARIO, Mario, «L'a azione...», *op. cit.*, pg. 46. Se refiere el autor a las StCC 105/1967 y 17/1973, que se refieren a los poderes de «autorización a proceder» que se ejercen por el MJ. Tendremos ocasión de analizar esta cuestión más adelante, junto a la argumentación formal mediante la cual la Corte italiana admitió la constitucionalidad de la autorización, aún manteniendo la obligación de ejercitar la acción penal. Por lo cual, el MP italiano parece tener poder para revisar judicialmente la propia autorización del Ministro de Justicia.

719. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, 1995, *op. cit.*, pg. 579. La discrecionalidad sería precisamente una característica del antiguo proceso acusatorio en el que la acusación es privada. Sería absurda la figura de un acusador público no sujeto a la ley y dotado de discrecionalidad.

720. MONACO, G., *Pubblico Ministero ed...*, *op. cit.*, pg. 320.

721. GAITO, G., «Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero. Premesse per una discussione», en *Accusa...*, *op. cit.*, pg. 21.

fruto de una concepción del principio de obligatoriedad que se asimila a la independencia judicial. Considerando la primera de las cuestiones reseñadas más arriba, como sucede en Italia, el problema deriva en cómo establecer la prioridad en el ejercicio de la acción, siendo reseñable aquella crítica que, sin perjuicio de la «presión» que pueda derivarse de este principio, pone en evidencia la responsabilidad de otros muchos factores que influyen en el problema de la acumulación de trabajo que se registra en las fiscalías. Es evidente que con mayores medios y políticas de despenalización⁷²² la necesidad de priorizar pierde fuerza. Pero, a nuestro juicio, hay que señalar además que nada impide establecer criterios de prioridad bajo un principio de obligatoriedad. El problema italiano es que la polémica doctrinal se ha trasladado a la determinación de quién es la autoridad a la que corresponde reestablecer dichos criterios de reordenación de prioridades. Y en ese proceso, tan característicamente italiano, de asimilación del MP con la Magistratura, se ha considerado que a falta de dichos criterios, la prioridad la debe fijar, ni más ni menos, que cada Fiscal Sustituto.

Efectivamente, en el sistema italiano se elimina de manera radical la posible identificación diferenciada de intereses públicos entre la ley y el criterio personal de cada fiscal. La cuestión fue debatida a propósito de un proceso disciplinar seguido contra un Fiscal Sustituto, referida al modo discrecional de su misión al establecer criterios de prioridad en el ejercicio de la acción penal. La sección disciplinar estimó que, en ausencia de criterios establecidos por el Fiscal de la República, podía el Fiscal Sustituto establecer un criterio de prioridad sobre la base de la gravedad/amenaza social. Lo que era el caso⁷²³. Posteriormente, el legislador italiano asumió semejante criterio de prioridad, estableciendo que «*las fiscalías comunicarán tempestivamente al CSM los criterios de prioridad a los que se atenderán en el tratamiento de los procedimientos y la fijación de la audiencia*»⁷²⁴. Lo que en todo caso significa que, aún partiendo de un mismo criterio base, cada fiscalía puede acordar sus propias prioridades con el único deber de «comunicarlo». A juicio de algunos autores, el resultado es que los Fiscales de la República no han aportado gran cosa a la literalidad de lo que establece la norma⁷²⁵, ni han cumplido adecua-

722. DELIA, Giuseppe, «I principi costituzionale di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale ed eguaglianza a proposito dei "criteri di priorità" nell'esercizio dell'azione penale», *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, pg. 1879.

723. Decisión de la Sección disciplinaria del CSM de 20 de junio 1997. *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, pgs. 1877 y 1878. MANNUCCI, Ilio, «L'organizzazione della Procura della Repubblica di Torino: criteri di priorità o esercizio discrezionale dell'azione penale», *Riv. Quest. Giust.*, 2000, pg. 176.

724. Decreto Legislativo de 19 febrero 1998, n. 51 sobre «*Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado*» (*Gazzetta Ufficiale*, n. 66 del 20 marzo 1998), art. 227.2.

725. Ya hemos analizado cómo la relación entre el Fiscal de la República y los Fiscales Sustitutos no se desarrolla precisamente en un espacio de nítida jerarquía, sino más bien en una situación de convivencia o coexistencia que discurre casi en paralelo.

damente su función en lo que concierne a la delimitación de la base gravedad/amenaza social que lo sustente, produciéndose tres situaciones de hecho, a nuestro juicio, muy relevantes: i) que los Fiscales Sustitutos asumen individualmente el poder de «escoger» los delitos a perseguir; ii) la causalidad de la intervención represiva, junto a la acumulación de miles sumarios –relativos a delitos destinados inevitablemente a la prescripción– en los armarios de los órganos⁷²⁶. El único límite de los Fiscales Sustitutos, junto al criterio cronológico inherente a la obligación penal, sería el que opera para establecer los criterios de prioridad sobre la base de la gravedad/peligrosidad social de los delitos. Por otro lado, la única experiencia italiana que ha tratado de modificar esta situación –el sistema tabulado de reparto de asuntos que ha establecido la Fiscalía de Torino– ha sido tachado de instrumento bajo el que se formaliza una amplia discrecionalidad de forma subrepticia⁷²⁷. Cabe concluir que, desde la perspectiva del modelo italiano, se pretende que el fiscal sea el «*engranaje institucional*» que promueve mecánicamente la justicia desde la letra de la ley⁷²⁸.

La solución holandesa es totalmente opuesta. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal (art. 167 Código de Procedimiento Criminal)⁷²⁹ permite introducir una serie de intereses públicos que potencialmente paralicen o modifiquen la defensa de la legalidad y de los intereses que se desprenden de su estricta aplicación literal. Y ello en base a criterios

Y en este sentido, el CSM italiano se ha caracterizado por mostrarse como un gran defensor de la autonomía del Fiscal Sustituto.

726. MANNUCCI, I., «L'organizzazione della Procura della Repubblica di Torino: criteri di priorità o esercizio discrezionale dell'azione penale», *Riv. Quest. Giust.*, 2000, pg. 176.

727. Se trata de la Circular de 27 de mayo de 1999, «*Disposizioni di servizio sull'assetto organizzativo del nuovo ufficio di Procura unificata*». «*Procura Repubblica Tribunale di Torino*». En ella se establecen dos niveles distintos de prioridad de los delitos. Hay delitos de nivel 1 y delitos de nivel 2 de prioridad. Es decir, una clara distinción entre delitos de primera y delitos de segunda. Después establece tres grupos para la recepción de los delitos, cuya distribución de competencias se hace en función de los niveles de prioridad de los delitos. Por Ej. el grupo 3 se encargaría de los delitos pertenecientes al nivel 2. Dentro de los grupos se establecen las estructuras y medios de trabajo.

728. La expresión es de FLORES PRADA, I., aunque no referida al MP italiano en concreto, *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 418. Para quién esta visión del Fiscal coincide con aquella sobre el juez como la «boca muda que pronuncia las palabras de la ley».

729. Establece el citado artículo 167: «*When as a result of a criminal investigation set up, the public prosecution service thinks that prosecution must take place, it will start this as soon as possible.*

2. *Prosecution can be abandoned on grounds arising from the public interest.*

3. *When the first paragraph is applicable, the public prosecution service informs everyone, who let it be known to be a victim (an aggrieved party) in the matter of his claim for compensation in accordance with article 51a to join the criminal proceedings, in writing as soon as it is possible in view of the interest of the investigation of the case. The public prosecution service will send the form to the party involved without delay, as meant in article 51b, first paragraph.*»

de oportunidad política justificados y hechos públicos en las directrices o «*Guide Lines*» a las que ya hemos hecho referencia en este estudio. Por supuesto, como en todo Estado de Derecho, Holanda tiene reconocido el principio de legalidad en materia penal. Ausente de la Constitución, al menos como formulación expresa y concisa, se encuentra recogido en la Sección 1 de su Código Penal: «*Ninguna conducta constituye delito a no ser que se encuentre previamente definida en las leyes criminales*». Se garantiza así la seguridad jurídica que impide una acusación arbitraria, que incluye por supuesto la prohibición de la analogía penal para la tipificación de nuevas conductas punibles, así como la prohibición de la retroactividad de las normas penales excepto en el caso de que éstas sean favorables al reo⁷³⁰. Pero poco más allá se extiende la caracterización de este principio en el Derecho Penal holandés⁷³¹.

Retomando lo que, en líneas generales, se exponía en la parte I de este trabajo, el sistema penal holandés, fruto de la fuerte pilarización de su sociedad, está lejos de situarse en la defensa de valores como la objetividad de la ley y su autonomía funcional, y se sitúa como sistema en una práctica más próxima a lo que podría calificarse de concepción «instrumental» de la justicia en el objetivo de procurar o asegurar una mayor pacificación social. Las argumentaciones referidas a la justicia y sus implicaciones políticas y económicas están presentes a lo largo de toda la literatura académica holandesa⁷³²; poniendo de manifiesto la existencia de una clara expectativa doctrinal acerca de que el diseño político e institucional del Ministerio Público puede ser concebido, sirva, como el mejor remedio para combatir la criminalidad. En este sentido, la discusión académica holandesa raramente se centra sobre aspectos formales o teorías referidas a la justicia sino que, muy al contrario, se orienta casi de manera exclusiva en el alcance práctico de determinadas medidas y políticas que cabe adoptar en la lucha contra el crimen. Y por tanto, sus aportaciones versan constantemente sobre la configuración de la Magistratura y el Ministerio Público en sus relaciones con los demás poderes del Estado y en la utilidad y rendimiento de sus actuaciones.

Lo que se trata de subrayar en este apartado, es que el pensamiento holandés se sitúa lejos de la construcción de un sistema basado en ideas de corte moral y en teorías de justicia, de las que penda el resto del sistema

730. TAK, Peter, *The Dutch Criminal Justice System*, WODC (Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum) 1999, Ministerio de Justicia.

731. Quizá convenga recordar que para activar el *ius puniendi* del Estado existe tan sólo un reconocimiento legal, con fuerza de ley. Ese reconocimiento de la acción penal, está en los arts. 167 y 242 del Código del Procedimiento Criminal. Y de su lectura se desprende que la acción penal se ejerce bajo el principio de discrecionalidad y que se otorga con exclusividad, al Ministerio Fiscal.

732. Ver por ejemplo PUNCH, M., «The Dutch criminal justice system: a crisis of identity», *Security Journal*, núm. 9, 2000.

penal. El sistema holandés se muestra ajeno a cualquier concepción que propugne la lucha a ultranza por la consecución de unos valores sin contraste empírico, y en mayor medida, se ubica en un horizonte de discusión consensuada en torno a la búsqueda de mecanismos que mejoren la vida social, no importando cuan extemporáneos resulten estos planteamientos para tendencias más kantianas en su apreciación de la justicia. Cuestiones, todas ellas, que deben ser tenidas muy en cuenta a la hora de valorar la actividad del Ministerio Fiscal en el sistema holandés.

En este sentido, el principio de discrecionalidad o principio de oportunidad –como antes lo habíamos denominado– viene a ser un fiel reflejo del modo holandés de entender el sistema penal y la acción de la justicia, pues permite la no persecución de un delito en base a consideraciones de interés general; interés general que puede extenderse a la inclusión de hechos personales del imputado o cuestiones de inoportunidad política relacionadas con otros muchos motivos. Es decir, más allá de que, ante una *notitia criminis*, se proceda a su no persecución, decisión que puede ser adoptada en base a una cuestión de discrecionalidad técnica, donde –en puridad– o no hay delito o su persecución resultaría infructuosa por falta de posibilidades de éxito, en el sistema holandés se considera asimismo la posibilidad de ejercer una discrecionalidad política que permite no perseguir un delito flagrante cuya incoación tiene todas las posibilidades de concretarse⁷³³. Espacio de discre-

733. Resultan muy útiles y esclarecedoras al respecto, las palabras de Chrisje BRANTS, Catedrática de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal y, principal investigadora del Willem Pompe Institute (Universidad de Utrecht): «The more usual term for pillarisation in English is "the politics of accommodation" (Lijphart 1975). This refers more to horizontal class divisions and to the political arrangement that cemented the mutually exclusive pillars into one society: largely invisible bargaining and comprised between the elite of the four main pillars, resulting in a consensual form of paternalistic government that, at lower level, assured peaceful coexistence between and acquiescence within the pillars... It also promoted an inordinate measure of faith in government and state, and allowed for subtle means of social control that were not reliant on the strict application of criminal law. The criminal justice system was not part of any pillar, but it was most definitely part of the trusted elite establishment. This applied especially to the judiciary and the prosecution service and goes some way to explaining the wide discretionary powers that are a specific feature a Dutch criminal justice. Compromise and consensus –so essential to the politics of accommodation– require flexible solutions to social problems (such as crime) that era less divisive and conflictual than criminal justice. The implicit acknowledgement that criminal justice cannot solve social problems requires, in its turn, a flexible and pragmatic approach to rules and regulations and an attendant ideology that criminal law and criminal law enforcement should be a last resort –the ultimum remedium (BRANTS and Field)–. While there has always been marked reluctance to actually decriminalise behaviour through legislation, there has also been no need to do so, the preferred course of action being to rely on the wide discretionary powers of the public prosecutor and/or to look for alternative means of dealing with deviance. The judiciary too has wide powers of discretion in sentencing, so the even if a case were to come to trial, the judge is by no means bound to impose a prison sentence. This allows for flexible policies of crime, adapted to the needs of the times, without

cionalidad técnica que, por otra parte y como ya tuvimos ocasión de analizar al referirnos a la opinión de LÓPEZ LÓPEZ, le está expresamente vedada al Fiscal español. Desde esta misma perspectiva, en el caso holandés, tampoco existe ningún problema para determinar el sistema de prioridades que corresponda establecer en las actividades de cada fiscalía.

Además el MP holandés es el titular exclusivo de la acción penal pero, en contraposición a la situación italiana, no puede predicarse lo mismo de esta institución en cuanto a los intereses públicos, su identificación, su promoción y defensa. Ya se ha analizado suficientemente la naturaleza de las «*Guide Lines*» y su significado. Volverá a retomarse esta cuestión cuando proceda analizar con más detenimiento la relación entre el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia holandés. Señalar únicamente en este momento, que las «*Guide Lines*» convierten la valoración de oportunidad que corresponda realizar al MP en una actuación casi reglada, sobre cuyos criterios la participación del Ejecutivo se ejerce tanto en vertiente formal como material.

2. LOS CONTROLES SOBRE LA ORTODOXIA DE LA ACTIVIDAD QUE DESARROLLA EL MP EN LA FASE DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN PENAL

En cuanto al segundo de los desafíos que mencionábamos más arriba, lo que resulta más relevante es señalar que en la promoción y defensa de esos intereses públicos «*extrapolados*» de la legalidad, el Fiscal holandés está asimismo sometido a fuertes controles procesales.

Cabe hacer notar la existencia de dos tipos de controles:

- i) El control previo durante la fase de «*instrucción*»: En primer lugar, todas las actuaciones adoptadas como medidas cautelares que tienen que ver con las decisiones que afectan a la libertad del individuo, están sujetas a un recurso de naturaleza administrativa, no judicial. Además existen mecanismos para imputar las decisiones del Fiscal relativas a si formaliza o no la acusación correspondiente:
 - Si no formaliza la acusación, los ciudadanos con interés directo y

having to take (irrevocable) legislative measures. It also explains the Dutch habit, so irritating and baffling to neighbouring countries, of not prosecuting a substantial number of offences that are regarded as typically criminal matters elsewhere (drugs, pornography, euthanasia, for example), but seeking alternative methods of regulation and control (BRANTS, 1999). The consequence of the last resort doctrine in the 60' and 70' was not only the lowest incarceration rates in the world, but also a criminal policy in which "policing crime was regarded as an equally last resort". BRANTS, C., «Turmoil and Transition –Problems of Criminal Law Enforcement in the Netherlands», pgs. 34-35, en *Policing and Society*, Vol. II, edi. OPA (Overseas Publishers Association) 2001.

razonable en la causa (art. 12.2 Código del Procedimiento Criminal, en adelante CPC) están legitimados impugnar la decisión de no imputación del Fiscal ante el Juzgado de Apelación, instancia jurisdiccional que en este supuesto deberá determinar si existe una conducta tipificada para acusar, en este caso, al no imputado. En el caso que la decisión del Fiscal haya sido tomada en base a criterios de oportunidad –en ejercicio de su potestad discrecional– el juez también podrá entrar a valorar dicha fundamentación. Resulta muy relevante en esta decisión judicial, que el juez valore únicamente la oportunidad de la acusación y no que entre a valorar de forma material las cuestiones políticas que, en defensa del «*interés general*», permiten adoptar esta decisión al Fiscal. De otro modo, el juez se excedería en el ejercicio de sus competencias, además lógicamente de estar quebrantando su propia independencia e imparcialidad, y por lo tanto las garantías del proceso penal.

- Frente a una acusación, la incompetencia del fiscal para proceder penalmente contra una infracción penal determinada, está admitida como una de las excepciones previas que pueden ser propuestas por la defensa del imputado. Dado que se trata de una impugnación previa a la decisión judicial, la hemos incluido en esta fase. No obstante, deberán ser presentadas al comienzo de las sesiones de la fase oral y serán resueltas en la correspondiente sentencia. También, y conforme al principio de unidad que analizaremos a continuación, esta excepción puede estar fundamentada en la valoración de la oportunidad que realice el Fiscal (art. 250-252 y 262 CPC).
- ii) El control judicial, que se deriva de la aplicación del principio de «*debido proceso*» –ya mencionado– y que se produce al revisar el juez el caso desde la perspectiva de la posición y situación del acusado, pudiendo éste asimismo examinar la actuación del Ministerio Fiscal. Este principio juega, de este modo, un doble papel. Por un lado, el principio proporciona cobertura jurídica así como unas bases para la revisión jurídica correspondiente. Y por otro lado, establece los criterios a seguir por parte de «*los órganos judiciales activos*» en el ejercicio de sus competencias, es decir, por parte del Ministerio Fiscal y de la Policía⁷³⁴.

734. Para una mayor profundización en la materia, véase CLEIREN, C. P. M., *Beginselen van een goede procesorde*, edi. Gouda Quint, 1989. Esta misma autora, en las diversas entrevistas que tuve el honor de realizarle durante el período de octubre a abril (03/04), me expuso asimismo esta idea. Al mismo tiempo tuve ocasión de comentar con detenimiento el alcance del significado del art. 359, apartado a) citado. Christine CLEIREN es Catedrática de Derecho Procesal Penal en la Universidad de Leiden y ocupaba la Dirección General para la Administración de Justicia y Ayuda Legal del Ministerio de Justicia en el momento de redacción de la RO (1994-1999).

Pues bien, en el caso de que el juez apreciara que ha existido una vulneración del principio de «*debido proceso*», al haberse producido una violación de las normas procesales u otras acciones ilícitas, la citada autoridad judicial, en aplicación del art. 359 a) CPC, podrá:

- Amonestar de manera formal y declarativa al Ministerio Fiscal, sólo si se trata de una negligencia subsanable.
- Garantizar una remisión de la sentencia en proporción al grado de negligencia observado, lo que sucede en aquellos casos en que el fiscal haya violado los derechos subjetivos del imputado, quien deberá ser compensado por ello. En el supuesto de que la negligencia haya sido calificada como grave, podrá incluso atenuar los cargos⁷³⁵. Por ejemplo, cuando el Fiscal fuerza a tratos ilícitos a los testigos, u obtiene pruebas de manera ilícita, que podrán excluirse de la causa dependiendo de los casos⁷³⁶. También por supuesto amonestará verbalmente al Fiscal.
- Apartar al fiscal del caso, una acción reservada para las infracciones más graves en la aplicación del principio «*debido proceso*», cuando el Fiscal «*intencionalmente o por grave desprecio por los intereses del acusado, ha violado los derechos del sospechoso a un proceso judicial apropiado*»⁷³⁷. Circunstancia que se produce, por ejemplo, cuando el fiscal no informa correctamente al juez juzgador del estado de la investigación preliminar⁷³⁸.

En todos estos supuestos se prevé la aplicación de una sanción indirecta al Ministerio Fiscal que podrá ser de distinta cuantía. Una opción adicional, de naturaleza jurisprudencial y por tanto no contemplada en el art. 359 a) citado, es que el juez haga constar simplemente la negligencia –en este caso debe haber sido considerada mínima, y se abstenga de imponer sanción ninguna⁷³⁹–.

Hemos descrito por tanto la situación del fiscal holandés, descripción a la que habría que sumar determinadas reflexiones acerca del control político al que está sometido, y que analizaremos en su correspondiente apartado.

La respuesta española a esta cuestión merece, en nuestra opinión, un

735. Ver por ej. la STS 2 de noviembre 1999, Nederlandse Jurisprudentie, núm. 773, 2000.

736. Ver por ej. la STS 8 de junio 1999, Nederlandse Jurisprudentie, núm. 773, 1999.

737. Ver por ej. la STS 19 de diciembre 1995, Nederlandse Jurisprudentie, núm. 249, 1996.

738. Ver por ej. la STS 27 de febrero 1998, Nederlandse Jurisprudentie, núm. 518, 1998.

739. Ver por ej. la STS 22 de septiembre 1998, Nederlandse Jurisprudentie, núm. 104, 1999.

juicio de menor relevancia, como consecuencia de la propia regulación constitucional del Ministerio fiscal y sobre todo como resultado de relevantes decisiones legislativas adoptadas. A diferencia de Holanda o Italia, el Ministerio Fiscal está muy lejos de ejercer el monopolio de la acción penal en nuestro sistema, y aún más se distancia de actuar como un *dominus litis* dentro del proceso acusatorio formal del sistema penal español.

- i) En primer lugar, y según la propia previsión del art. 124 CE, el Ministerio Fiscal actúa, «*sin perjuicio de las funciones atribuidas a otros órganos*». Ya se ha hecho referencia a la discutida confusión de funciones que se produce entre el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, pudiéndose por tanto ejercer la competencia del legislador para integrar nuevos órganos en el ejercicio de determinadas funciones, así como para todo lo contrario. No obstante, no existiendo un proceso penal constitucionalmente predeterminado, que es lo que, en nuestra opinión, resulta verdaderamente trascendente, podría dotarse al Fiscal de nuevas atribuciones que tiendan a configurar un proceso con mayor número de rasgos contradictorios entre las partes.
- ii) En segundo lugar, el principio de unidad competencial de la acusación pública queda, en el modelo español, definitivamente rota –con rango constitucional– en el artículo inmediatamente posterior. El art. 125 CE establece que, «*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales*». Mediante este precepto se reconoce constitucionalmente la acción popular, que legitima a todos los ciudadanos nacionales⁷⁴⁰, personas físicas y jurídicas (SSTC 53/1983 y 241/1992), a ejercer la acción popular como parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, también de la Constitución española, sobre la base de los «*intereses legítimos*» a los que se refiere dicho precepto y entre los que se sitúa el interés común de la represión de la criminalidad. Esta interpretación tiene como base jurídica la jurisprudencia de las Sentencias 62/1983, 147/1985 y 241/1992 del Tribunal Constitucional, según las cuales la acción popular por encontrarse dentro de la tutela judicial efectiva (art. 24) es un derecho susceptible de amparo (art. 53 CE).

No obstante, hay que matizar que este derecho fundamental sólo se

740. No se ha pronunciado al respecto la jurisprudencia constitucional, por lo tanto seguimos el art. 270 de la LECrim, que permite ejercer la acción penal a los extranjeros sólo cuando son parte ofendida del delito.

reconoce como tal en el sentido de iniciar el proceso y, en consecuencia, no afecta al derecho de obtener una condena en un sentido u en otro, es decir, que no habilita para interponer un recurso de amparo contra una sentencia absolutoria (STC 41/97). Además, con la apertura de la acción penal por parte de los particulares, éstos no ostentan derecho alguno, ni siquiera cuando son parte ofendida, a determinar como debe actuar el acusador público.

Por otra parte y retomando una cuestión de mayor calado, que ya hemos mencionado y que volverá a ser analizada al abordar la unidad del Ministerio Fiscal en el modelo español, el proceso penal abarca desde la recepción de la *notitia criminis* hasta el archivo final de la sentencia ejecutoria. No existen diligencias preliminares que sirvan para filtrar administrativamente las acciones penalmente procedentes, pues según los artículos 259 y 262 de la LECrim, las denuncias se formulan directamente ante el Ministerio Fiscal o ante el Juez de Instrucción. No obstante, y según el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, «*el Fiscal podrá recibir denuncias*», pero tendrá que remitirlas al Juez de Instrucción, salvo que aprecie que no existen «*fundamentos para ejercitar acción alguna*», decretando entonces su archivo, «*notificando en este último caso la decisión al denunciante*». Podría parecer, por la literalidad de este artículo, que existe una vía abierta a la discrecionalidad técnica –que no política– del fiscal, al poseer dicha autoridad el poder de decisión de archivo de una denuncia sin remitirla a la autoridad judicial competente. Cabe matizar esta apreciación, dado que esta acción resulta en principio obligada para el Ministerio Fiscal y se refiere únicamente al supuesto de que la denuncia no revista carácter de delito o fuera manifiestamente falsa. Todo ello sin perjuicio del posible ejercicio de la acción popular y, por tanto, de una segunda denuncia formulada por un particular ante el Juez de Instrucción. Por tanto, el ejercicio de la discrecionalidad se ciñe al hecho de apreciar en la denuncia –y siempre en el caso de que sea el fiscal la única autoridad que la haya recibido– que no existe delito posible y ningún indicio para sospechar su concurrencia. Pues en el supuesto de que, en la investigación sobre la existencia de los indicios de delito, se constate una concurrencia entre el Juez de Instrucción y el Fiscal, en virtud de la aplicación del art. 773 de la LECrim, «*cesará el fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos*». Nos encontramos por tanto ante un mínimo margen de discrecionalidad técnica que se ejerce sólo parcialmente en el caso del

procedimiento abreviado, pues su competencia es subsidiaria. Esta situación separa al fiscal español tanto del fiscal italiano como del holandés.

Y como ya habíamos mencionado, recibida la denuncia por el Juez de Instrucción, corresponde a dicha autoridad y no al Fiscal, la tarea de preparar todas las actividades encaminadas a la preparación del juicio y que conforman la instrucción del sumario correspondiente (art. 299 LECrim). El Juez de Instrucción es la autoridad encargada de descubrir, examinar, recoger, conservar las huellas del delito; de investigar las distintas hipótesis que puedan plantearse, aventurar sospechas o móviles; de realizar los interrogatorios, encargar las pruebas periciales, etc. Además, en virtud del principio de oficialidad (art. 303 y 308 LECrim), el juez está obligado a investigar y perseguir todos aquellos hechos delictivos de los que tenga conocimiento, aunque nadie se lo haya reclamado, siendo la acción también irrenunciable⁷⁴¹. Es además una función que no se limita a verificar las afirmaciones formuladas por las partes, incluidas las del Ministerio Fiscal, ni tampoco le vinculan, pudiendo investigar el Juez de Instrucción todos los hechos sucedidos, incluso los que no hayan sido incorporados al proceso por sujeto o autoridad alguna. Durante la instrucción, el juez indaga acerca de lo que constituye la verdad material de los hechos. Y tanto es así, y tan amplias son las competencias del Juez de Instrucción en esta fase del procedimiento, que los arts. 642, 644 y 790.4 de la LECrim, le permiten promover acusaciones fuera del proceso, en el supuesto de que la única acusación personada –por fuerza, necesariamente, el Ministerio Fiscal– le solicite el sobreseimiento de la causa⁷⁴².

Por tanto, en nuestro sistema, las posibilidades del Ministerio Fiscal de incorporar –junto a la aplicación del principio de legalidad– criterios de interés público, en el ámbito de la represión penal, son casi nulas. Ni siquiera el fiscal español tiene una amplia capacidad de acumulación de ciertos asuntos en el despacho y, de este modo, fijar así sus propias prioridades, como en el caso del fiscal italiano. Es

741. Art. 106 LECrim: «La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida».

742. La tesis proviene de LÓPEZ LÓPEZ y denota una fuerte coherencia. Como ya hemos señalado previamente, dicho autor atribuye al proceso acusatorio formal la capacidad de no permitir al Ministerio Fiscal cumplir sus funciones constitucionales. No le permite impugnar o defender la legalidad, ni le permite la defensa del interés público en la promoción de la acción de la justicia. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales...*

difícil que la institución pueda desarrollar una verdadera política criminal en este campo. Al menos, desde el punto de vista procesal y al inicio del propio proceso.

Cuestión diferente sería si nos referimos al tratamiento legislativo de los menores, como ya se ha mencionado anteriormente. Según la nueva LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal del menor, el Ministerio Fiscal es responsable de la investigación penal⁷⁴³ y tiene además atribuida cierta discrecionalidad en el tratamiento de la acción; precisamente en la selección de la causa, a través del art. 18 de la citada Ley⁷⁴⁴. Es evidente que la legitimación del fiscal para poder desistir de la acción, más allá del mero argumento formal de legalidad que le habilita para ello, debe encontrarse en la búsqueda de un interés público que motive su decisión, dado que no se trata de una defensa de los derechos del menor.

De mayor interés son, a nuestro juicio, sus potencialidades de carácter orgánico. El Ministerio Fiscal español ha evolucionado mucho y progresivamente mediante la introducción del principio de especialización dentro de la institución. Lo ha hecho en mayor medida y de forma más adecuada que sus homólogos italiano y holandés⁷⁴⁵.

743. LO 5/2000, artículo 6. *De la intervención del Ministerio Fiscal: «Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento».*

744. Establece el citado artículo: *Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar. El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil. No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley.*

745. Nos detendremos en este aspecto al analizar el alcance de última reforma producida en nuestra legislación y la organización de las distintas Fiscalías. Aunque no sea ésta su vertiente principal, ni siquiera su principal cualidad, no cabe duda de que la introducción del principio de especialización para determinados asuntos es ya indicativa de una nítida priorización en el tratamiento de los mismos. Por ejemplo, la Fiscalía Superior de Cataluña suscribió un acuerdo con el Ayuntamiento de Barcelona para asegurar una mejor coordinación entre ambas instituciones en cuestiones de denuncias por acoso inmobiliario —que son presentadas en ocasiones ante la Oficina de atención al ciudadano del citado consistorio—. A dichos efectos se ha designado a un Fiscal especializado, el Sr. RODRÍGUEZ REY, quién me proporcionó el convenio y con quién tuve el honor de conversar acerca del alcance del Convenio (*«Conveni de col·laboració entre l'Ajuntament de Barcelona i la Fiscalia Superior de Catalunya en matèria d'assetjament immobiliari»*; Barcelona 8 de junio 2008). El hecho de destinar

- iii) Con respecto a la tercera de las cuestiones que se plantean, la introducción de la dimensión de los intereses públicos en la fase de indagación e investigación penal y los controles sobre la ortodoxia en el ejercicio de esta actividad considerada por un sector de la doctrina, de orden jurisdiccional, y por otros autores, de naturaleza administrativa, sucede una cuestión similar. El Ministerio Fiscal español tiene menos capacidades y competencias atribuidas en esta materia, que sus homólogos holandés e italiano.

A esta circunstancia hacia precisamente referencia BERGHUIS, B. como una cuestión fundamental del MP holandés, al analizar sus atribuciones y su relación con el Ministerio de Justicia. Sobre esta cuestión, íntimamente relacionada con los poderes investigadores del Fiscal y su relación con la policía, insiste y debate a menudo la comunidad académica holandesa, aunque su propia realidad cotidiana lo expresa de forma más evidente todavía. Es evidente que un Fiscal responsable de la investigación penal y por tanto de la policía, con poderes discrecionales sobre la acción penal, posee un formidable poder de control sobre la represión criminal, su política, sobre la propia actividad procesal y sobre el resultado de la misma⁷⁴⁶. Como se ha puesto de relieve, el Ministerio Público, de un órgano que sólo trataba con los casos aportados por la policía ha evolucionado hasta ser un importante órgano de política criminal. Incluso, siempre desde el punto de vista holan-

recursos humanos y materiales especializados al tratamiento de esta cuestión supone sin duda una política de priorización en el tratamiento de esta situación social jurídicamente delictiva y de tanta relevancia social y política. Esta es sin duda una respuesta orgánica, individualizada y particular que permite al Ministerio Fiscal responder conforme a un interés público, a una demanda social, a su vez concreta y local, de manera efectiva y dinámica. Se trata de dar respuesta al fenómeno que se dio entre 2004 y 2007, cuando fueron presentadas más de 509 denuncias por acoso inmobiliario en las oficinas municipales de la vivienda y sólo siete llegaron a los tribunales. Es evidente, que en defensa del interés público tutelado por la ley, el Ministerio Fiscal debe desarrollar algún tipo de política institucional y funcional que permita su participación en la selección y tratamiento de estos asuntos. La legislación prácticamente nunca puede llegar a prever una situación semejante. En este sentido, instrumentos como este convenio nos parecen muy positivos y convenientes. Hay que recordar que este tipo de instrumentos han surgido al amparo de la nueva Ley 24/2007 de reforma del EOMF.

746. Según el *Wetboek van Strafvordering* (Código de Procedimiento Criminal), art. 148: 1. «*The public prosecutor is charged with the investigation of criminal offences for the court's jurisdiction in the district where he is appointed, as well as with the investigation within the jurisdiction of the court for the criminal offences for which other courts have jurisdiction.* 2. *To that end he gives orders to the other people charged with the investigation.* (Entre ellos se encuentra por supuesto la policía, según el art. 141 del mismo código). 3. *When the investigation is done personally by himself, he must attest his observation in an official report made on his oath of office: in addition the scientific reasons (scholarly, objective reasons) must be explicitly stated as much as possible.*». Hay que recordar que el principio de discrecionalidad se encuentra reconocido también en el Código de Procedimiento Criminal en su art. 167.

dés, puede afirmarse que es el más importante, pues el fiscal se encuentra en el verdadero centro del sistema de justicia criminal y, al mismo tiempo, tiene la autoridad (formal) sobre la policía. Y además por cierto, es capaz de controlar el reparto de trabajo de la judicatura y es también responsable de la ejecución de las sentencias⁷⁴⁷.

He aquí uno de los elementos que proporcionan una gran autonomía en el seno del MP holandés. A sus poderes y competencias hay que añadir que, en el ejercicio de su responsabilidad absoluta sobre la dirección de la policía en la investigación criminal, la institución puede «sortear» el criterio del Ministerio de Justicia⁷⁴⁸. Como en la mayoría de los sistemas, la policía holandesa, además de ser un cuerpo de funcionarios que –como muchos otros– no está unificado, sino descentralizado según un criterio territorial, también posee un cuerpo nacional de policía que se organiza bajo la autoridad administrativa del Ministerio del Interior⁷⁴⁹. Es cierto que en la elaboración del sistema de «*Guide Lines*» la participación del Gobierno es total y que éstas afectan o integran todas las fases en las que se involucra la actividad del MP, extendiéndose a la investigación penal, al propio proceso en su tratamiento material y formal y a la ejecución de las sentencias. Por último, no cabe duda de que existe «un alto grado de cumplimiento» de las directrices adoptadas o «*Guide Lines*»⁷⁵⁰. No obstante, como señala FIONDA, la política criminal en la ejecución de las «*Guide Lines*» se ordena y se concreta en una práctica cotidiana, en la que cualquier fiscalía puede tomar decisiones importantes que conduzcan a influir en dicha política o a modificarla, convirtiéndola casi en una política «*singular*».

En términos más propios de nuestra cultura jurídica, nos estaríamos

747. HOLTHUIS, H., «The role of the public prosecutor», en *International Comparisons in Criminal Justice: The London Seminars*, Londres, NACRO, 1993, pg. 15.

748. BERGHUIS, B., entrevista personal, marzo 2004. También VERVAHELE, John –entrevista personal, junio 2004– insistió en la cuestión de la autonomía del Fiscal. En su opinión, aunque el grado de dependencia del Ministerio Público respecto al Ministro de Justicia sea muy acusada, el fiscal holandés, dado sus amplios poderes o atribuciones es un órgano mucho más autónomo que el Fiscal español, muy controlado por la aplicación del principio de legalidad, el propio Juez de Instrucción y con competencias muy limitadas. Sugería también que el Fiscal italiano era no tanto más autónomo que el Fiscal holandés, sino independiente.

749. Lo cual quizá, desde la perspectiva de la configuración de un Gobierno como el español, no tenga mucha relevancia dada la responsabilidad colectiva del mismo y la preponderancia de la figura del Presidente como *primus inter pares*. No obstante en Holanda, es frecuente que la titularidad de ambos Ministerios pueda pertenecer a coaliciones políticas distintas que y, por tanto, sean más frecuentes los problemas de coordinación de políticas o incluso se produzcan fuertes discrepancias al respecto. La responsabilidad es además individual, no produciéndose necesariamente una crisis de Gobierno como consecuencia de la moción de censura o reprobación individualizada de uno de sus miembros.

750. FIONDA, Julia, *Public Prosecutors...*, *op. cit.*, pg. 125.

refiriendo a una defensa concreta del interés público que puede acabar distanciándose de los términos establecidos en las «*Guide Lines*». El teórico papel asignado al Ministro de Justicia se ve así muy limitado, siendo en realidad su participación, «el gesto simbólico de la responsabilidad que el MP asume ante el Parlamento»⁷⁵¹. No debe olvidarse además que es posible separarse de las «*Guide Lines*» si se motiva la decisión correspondiente, siendo –como ya tuvimos ocasión de analizar– una *beleidregel*, sin fuerza de ley. Esa capacidad de control sobre la policía y sobre la que el Ministro de Justicia no puede intervenir, unido al monopolio de la acción penal, dota al Ministerio Público holandés de la «capacidad para decir "no" al Ministerio, lo cual además es parte de su trabajo diario»⁷⁵². Ésta sí que es una de las cuestiones fundamentales sobre el MP que suscitan una amplia discusión en Holanda: su actividad cotidiana.

Mucho más que discusiones doctrinales sobre la naturaleza o la configuración del MP en cuanto a órgano, la discusión se centra, de forma similar a cómo discurre el debate española sobre la actuación del gobierno, en la actuación diaria de la institución, en el ejercicio cotidiano de su importantísima actividad. Y el modo de realizar la investigación penal y su control es uno de los temas más «*calientes*» hacia los que se dirige asimismo el propio control parlamentario. Y desde luego Holanda ha tenido que superar algunas dificultades. En primer lugar, porque hubo de aumentar, en contra de su propia tradición jurídica, la regulación legislativa de la investigación penal y las relaciones entre los fiscales y la policía. Cuestión que se abordó por vez primera en la «Police Act» de 1993, y, posteriormente, con la aprobación de numerosas leyes adicionales y reformas de la citada normativa⁷⁵³. En segundo lugar, porque la famosa *Comisión «Van Traa»*, comisión parlamentaria constituida en el año 2000 para estudiar el control de la actividad policial, puso de

751. *Ibidem*, pg. 125. La idea es interesante porque sugiere que la responsabilidad política del Ministro de Justicia es tan solo un instrumento para hacer valer, para hacer visible, la responsabilidad del propio Ministerio Público, verdadero responsable. En este sentido, la responsabilidad del Ministro es en realidad *in eligendo e in vigilando* pues por lo demás el MP holandés goza de una gran autonomía.

752. BERGHUIS, B., entrevista personal, marzo 2004. Sus palabras concretas fueron: «we are the boss of the Police and we control who is going to trial or not. This dual character is rather unique, these two things combined in one body. So of course the MJ worries, because we can go around the MJ and tell the Police to do this or that. So, we have that power and we are responsible for that power. The people here are daily writing reports for the MJ, about what the police is doing or what we are doing or what ever, on everything that is going on. But they can not tell us what to do; they "hate us". So we are in a continuous debate about our positions, how far we can go; and well, it is part of our daily job to say no to them».

753. Sobre esta transición puede ampliarse en: «*Judicial regulation of covert and proactive policing in the Netherlands, England and Wales*»; FIELD, Stewart, JÖRG, Nico, en *Invaiding the private: state accountability and new investigative methods in europe*, FIELD, Stewart and PELSNER Caroline Ed., Ashgate, Dartmouth 1998.

manifiesto una realidad que evidenciaba «una erosión gradual de los principios básicos y garantías del proceso criminal a lo largo de los años, facilitada por una determinación cambiante del problema de la criminalidad, el uso de métodos secretos e ilegales de investigación y una mayor autonomía de la policía»⁷⁵⁴. Como consecuencia de dichos trabajos, se procedió a abordar una nueva reforma legislativa, esta vez del Código de Procedimiento Criminal⁷⁵⁵, en cuyo proyecto de ley –en su preámbulo– el Gobierno ponía el acento de la reforma en el reforzamiento de los principios del Estado de Derecho democrático, que obligan –además de proporcionar una base legal para cualquier limitación de los derechos fundamentales en toda investigación criminal– a un control jerárquico, procesal y judicial efectivo. La solución holandesa ha derivado en que absolutamente toda investigación criminal tenga lugar bajo el control del Ministerio Fiscal «*no pudiendo existir un espacio de autonomía que pertenezca a la policía*». El fiscal, por su parte, deberá registrar toda la investigación por escrito y añadirla al sumario con el fin de que el juez tenga exacto conocimiento del alcance y resultados de dicha investigación durante el juicio oral. Todo ello sin perjuicio de que cuestiones como las escuchas telefónicas realizadas mediante micrófonos en estancias privadas deban autorizarse por el Juez de Garantías⁷⁵⁶. A su vez, la propia Fiscalía ha sido asimismo sometida a dicho proceso de reforma, que tendremos ocasión de ampliar más adelante, y en la que el principio de jerarquía está muy presente. Aunque dicho principio no tenga un carácter tan amplio como el que se aplica en el órgano español.

En definitiva, lo que conviene resaltar en este punto, una vez más, es la aceptación del peso político de una institución como el Ministerio Público en el sistema holandés. Consecuentemente, se ha asumido también que el control y el debate político sobre la institución se residencie no sólo en el ámbito parlamentario, sino que salte a la palestra pública, sea objeto de opinión publicada, al modo que lo están otros órganos como el Ejecutivo. Y en

754. BRANTS, C., «Turmoil and Transition problems of criminal law enforcement in the Netherlands», en *Policing and Society*, Overseas Publishers Association, 2001, vol. II, pg. 56. Un estudio sobre las averiguaciones del Comité van Traa sobre los métodos de investigación policial en Holanda puede encontrarse en van TRAA, Maarten, «The findings of the Parliamentary Inquiry Viewed from an International Perspective», en *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Administration, 2003.

755. A través de la *Wet Bijzondere Opsporing Bevoegdheden* o «Ley de Facultades Especiales de Investigación» (Ley DOP) que entró en vigor el 1 de febrero de 2000 y que, como ya se ha informado, es consecuencia de los trabajos realizados por la Comisión Van Traa, para regular los métodos especiales de investigación en materia de persecución de la delincuencia organizada, referidos tanto a la preservación de la integridad y capacidad de la investigación y su gestión, como a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que pudieran resultar afectados.

756. BRANTS, C., «Turmoil and Transition...», *op. cit.*, pg. 60.

este sentido, si bien en el anterior lustro la discusión estuvo centrada en la propia configuración orgánica de la institución, en estos últimos años se ha centrado en su actividad concreta, en sus acciones, en sus resultados, en sus controles. Y como acabamos de hacer notar y ya hemos tenido ocasión de comentar, uno de los temas estrella en dichos debates ha sido la relación entre los fiscales y la policía, las acciones concretas de dirección de esta última en sus investigaciones criminales por parte de los fiscales y su aplicación del derecho penal⁷⁵⁷.

Es evidente que todo tipo de estructura acarrea los consiguientes costes políticos y sociales, pero más delicado nos parece que una institución como la del Poder Judicial se vea inmersa en debates partidistas sobre política criminal o que pueda verse afectada por presiones y fuertes críticas sociales, en definitiva, que se cuestione el peso que ostenta en la defensa y definición del interés público, que es de lo que trata en este apartado. Es evidente también que esta estructura, como por otro lado cualquier otra, conlleva ciertos riesgos de debilitamiento «democráticos» que se han puesto de manifiesto tanto por la doctrina como por el propio parlamento holandés. Sin embargo, cabe preguntarse directamente, si la situación italiana es mejor y conlleva menores riesgos y costes políticos. Es posible que la complejidad que genera la corrupción política en el caso italiano haya mitigado el análisis de los costes políticos que acompañan a su estructura, pero también cabe preguntarse por los riesgos que se derivan de la opción por dicho modelo. Si en Holanda coinciden discrecionalidad y poderes investigadores, en Italia coinciden principio de obligatoriedad e independencia, lo que sin duda abre «de facto una vía para una mucho más amplia, incontrolada discrecionalidad de los fiscales»⁷⁵⁸.

En este sentido podemos preguntarnos acerca de si el principio de legalidad puede eliminar todo riesgo de introducción de intereses públicos divergentes –por no hablar de otros– en la fase de indagación e investigación penal. O si la aplicación del principio de obligatoriedad hace innecesarios

757. Hay que recordar que en Holanda se llegó a plantear la unificación de la policía y del Ministerio Público bajo una misma administración ministerial. Por ejemplo, Ton Hol se mostraba de acuerdo con la medida. A BESSELINK le parecía difícil, pues supondría acumular un enorme poder en un mismo Ministerio, «*el pez que se muerde la cola*». En Holanda, los habituales gobiernos de coalición permiten que el Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia estén en manos de distintas fuerzas políticas; o lo que es lo mismo, que lo estén la policía y el Ministerio Fiscal. Lo que deriva, como ya hemos sugerido, en ciertos problemas de coordinación de políticas de investigación. El mismo hecho, la existencia de Gobiernos de coalición, es lo que impide, por otra parte, que ninguna fuerza política permita la acumulación del poder del Ministerio Fiscal y la Policía, es decir que el control absoluto sobre las investigaciones criminales, recaiga sobre un mismo Ministro y Ministerio.

758. DI FEDERICO, G., «Prosecutorial independence and democratic requirement of accountability in Italy», *British Journal of Criminology*, vol. 38, núm. 3, 1998, pg. 371.

los controles sobre la adecuada ejecución de esa actividad. Y ello, teniendo en cuenta además que el Ministerio Público italiano también es el responsable de la investigación penal y de la policía judicial a su cargo durante el desarrollo de la misma⁷⁵⁹.

Los controles judiciales que existen sobre los fiscales son algo más laxos que en Holanda. Existe un Juez de Garantías, muy similar al holandés, que debe revisar el «*decreto di archiviazione*»⁷⁶⁰ en el supuesto de que se pretenda poner fin a una investigación criminal y no iniciar el juicio oral. El juez puede indicar que se prosiga la investigación o bien rechazar la solicitud de archivo y forzar la apertura del juicio oral. Y por supuesto se establece también el derecho del ofendido a recurrir el «*decreto*» que resolverá el mismo juez –denominado *giudice per indagini preliminari*–⁷⁶¹. No obstante, «en ausencia de controles institucionales... la actividad de los fiscales es de hecho incontrolable, en virtud de una concepción fetichista del principio de obligatoriedad»⁷⁶². Como ha señalado algún autor, el problema italiano en esta concreta cuestión, es que la reforma italiana del Código de Procedimiento Penal que introdujo muchos elementos de un sistema acusatorio puro dentro de un sistema inquisitorial, no modificó lo suficiente el papel que cabe atribuir al Ministerio Público. De hecho, este punto es considerado uno de los «*talones de Aquiles*» del sistema italiano, ya que el Fiscal continúa manteniendo muchas de las características «*negativas*» propias de una autoridad institucional típica de un sistema inquisitorial y, sin embargo, sigue ejerciendo su función dentro de un procedimiento casi totalmente acusatorio⁷⁶³.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar alguna vez a lo largo de este trabajo, este sistema favorece la intervención del fiscal a través de los instrumentos que controla, es decir, la policía. Pero también es cierto que, a dicha autoridad, no le queda otro recurso para intervenir en la política criminal. A nuestro juicio, están mucho mejor controladas todas las órdenes y las actividades represivas del Estado, si el Ejecutivo tiene la obligación de colaborar

759. Arts. 50-59 del Codice di Procedura penale.

760. Que tiene como una única base para estar legitimado el art. 125 del DL 271/1989, sobre normas de actuación, de procedimiento y de transición del Código de Procedimiento Penal: «*El Ministerio Público presentará al juez la solicitud de archivo de la causa cuando considere infundada la noticia del delito, pues los elementos recogidos en la investigación no resulten idóneos para sostener la acusación en juicio oral*».

761. Ambas cuestiones se encuentran reguladas en los arts. 409 y 410 respectivamente del CPP. Por cierto que ha habido estudios que han sostenido el recurso por parte de los particulares como una vía mucho más eficaz de «presión» al Fiscal, que el control ejercido por parte del juez.

762. DI FEDERICO, G., «Prosecutorial...», *op. cit.*, pg. 380.

763. PIZZI, T. y MARAFIOTI, «The new italian Code of Criminal Procedure: the difficulties of building an adversarial trial on a civil law foundation», *The Yale Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 1992, pg. 11.

con el MP. O dicho de otro modo, es mejor ejercer una represión administrativo-judicial por parte del Estado, que la que provenga de una estructura fundamentalmente policial. Otra situación que se favorece como consecuencia del sistema adoptado en el caso italiano, de modo similar a lo que sucede en España en el caso de los jueces, es la aparición de fiscales estrella. Ante la falta de unidad de la Fiscalía italiana y su gran autonomía ha sido común que fiscalías con grandes recursos policiales se hayan convertido en las «*cabezas visibles*» de la lucha contra el crimen. Sin embargo en España, ni siquiera en casos como el 11-M, el fiscal cobra una relevancia personalista en exceso. Lo que se pretende poner de relieve es que en Italia –como no podía ser de otra manera– los fiscales tienden a ser percibidos como figuras individuales y no como representantes y mandatarios de la institución.

En cuanto a España, dejaremos la discusión sobre este punto para cuando abordemos la atribución de la investigación penal a la Fiscalía española. Que ya adelantamos nos parece una buena idea.

3. LA EFECTIVA UNIDAD DE DIRECCIÓN EN LA FUNCIÓN ACUSATORIA

En todo caso, donde el Ministerio Fiscal español cobra especial relevancia frente a sus instituciones homólogas, es respecto a la tercera y última de las cuestiones que han sido planteadas en este apartado, referida a la efectiva unidad de dirección en la función acusatoria, junto al principio de igualdad y su relación con la defensa del interés público tutelado por la ley, quizá la más importante de las cuestiones planteadas pues de alguna forma engloba a las otras dos.

Como se ha hecho notar al principio de este apartado, la ley penal –muy especialmente el *ius puniendi* que el Estado ha decidido atribuirse como competencia– es en sí misma consecuencia de un interés público, y opera precisamente como fuente de legitimación por la que el Estado decide asumir semejante responsabilidad frente a los particulares. Esta responsabilidad la ejerce el Estado a través de una institución constitucional, el Ministerio Fiscal, promotor y defensor de dicha legalidad, consecuencia de un interés público. En definitiva, puede decirse que la legalidad ya está informada del interés público pues es en realidad su misma consecuencia. Desde esta perspectiva, parece sencillo concluir que en un estricto cumplimiento de la legalidad ha de realizarse el mismo interés público. Y para ello nada mejor que un fiscal independiente al modo italiano y nada peor que un fiscal de rasgos «administrativos» que defienda intereses gubernativos, al modo holandés.

No obstante, cabe plantear si no existe un interés público posterior a la

redacción de la ley o si la propia regulación de la ley colma todas las posibilidades de defensa del interés público. Y si es así ¿por qué incluye el texto constitucional en el modelo español su defensa como misión consituticonal del MF? Como subraya DíEZ-PICAZO, «un Estado moderno no puede prescindir de una política criminal, es decir, de una política de prevención, investigación, persecución y represión de las actividades delictivas. La política criminal, como cualquier otra política pública, implica opciones; y estas opciones no corresponden únicamente al momento legislativo, sino también a la aplicación de la ley»⁷⁶⁴. Corresponde al MP promover la acción penal y aplicar la ley punitiva del Estado, estando encargado de defender la legalidad, pero también el interés público que debe guiar todas sus acciones y decisiones que han de tomarse para una correcta aplicación de la ley. A nuestro juicio, es absurdo pretender de la estricta aplicación de la legalidad la respuesta a todas las cuestiones que se plantean durante la aplicación de la misma. En el curso de las diligencias preliminares y durante el propio proceso, el fiscal ha tomar sus decisiones y adoptar una postura procesal conforme al interés público tutelado por la ley.

Durante el proceso penal, el fiscal es la única parte procesal que interviene en el proceso ejerciendo la defensa de un interés del que no es titular. Se trata de un interés difuso que le ha sido confiado, en virtud de un interés público que la propia norma ha establecido que así sea. Además, «el Fiscal tiene la potestad, como si actuara en nombre propio, de decidir cual es el exacto cumplimiento de éste –la *mens legis*– y adaptar, correlativamente, su posición en juicio»⁷⁶⁵. En definitiva, son los fiscales los que tienen el poder último para buscar y definir día a día, caso por caso, lo que constituye el interés público. Y es aquí, en la búsqueda y definición adecuada del interés público tutelado por la ley, donde reside la autonomía funcional de cada fiscal. Esta operación implica, sin duda, un difícil proceso intelectual en donde los fiscales gozan de un amplio margen de libertad –o precisamente de discrecionalidad– para decidir lo que en cada caso conviene o no al interés general, interés que defiende, pero es evidente que esta discrecionalidad no puede ser total, ni sobre todo, estar atribuida a modo «personal»⁷⁶⁶. Situación –cabe enfatizar aquí– que es plenamente asimilable en los tres modelos de MP que venimos analizando, pues se trata de una situación inherente a

764. DíEZ-PICAZO, Luis María, «El Poder Judicial. La independencia del Ministerio Público», en *El Derecho a finales de Siglo. Una perspectiva iberoamericana*, GARCÍA DE ENTERRÍA y CLAVERO ARÉVALO coord., Civitas, Madrid, 1997, pg. 226.

765. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales...*, op. cit., pg. 169.

766. *Ibidem*, pg. 170.

la actividad del fiscal durante el proceso⁷⁶⁷. La diferencia, no obstante, reside en los distintos controles que sobre la autonomía del fiscal existen en Italia tanto desde la perspectiva de la definición, búsqueda y, en definitiva, ejecución del interés público tutelado exclusivamente por la ley, y la previsión y el uso de otros instrumentos normativos adicionales a la ley establecidos en España y en Holanda, como son las *Circulares* de la *Fiscalía General del Estado* o las *Guide Lines* del *Baar van Procurators Generaal*.

Cabe entonces preguntarse si cabe atribuir una menor objetividad a los fiscales españoles u holandeses en la aplicación de la legalidad que a los fiscales italianos, o si por el hecho de esta ampliación de la base normativa aplicable existe un margen mayor de discrecionalidad para los titulares de esta función en el caso español u holandés. A nuestro juicio este tipo de instrumentos amplían las posibilidades de acción y, tal vez, el ámbito competencial de las fiscalías correspondientes, pero no su discrecionalidad. En el caso del fiscal italiano, una vez iniciada la acción, su posición procesal independiente le otorga una discrecionalidad que es muy evidente. La diferencia es que, en Italia, se ha renunciado a definir un interés público más allá de la propia legalidad, y que se concreta únicamente en la voluntad del fiscal. Su único límite es una cierta relación de jerarquía con el Fiscal de la República. En Holanda por el contrario, se ha establecido un sistema en la definición del interés público en el que participan los fiscales concretándolo –aunque limitado por el súper-poder del MJ que tendremos ocasión de analizar– y el Consejo de Fiscales Generales, desde su autonomía institucional y en colaboración estrecha con el MJ, definiéndolo. En España –sin perjuicio del margen de indefinición que caracteriza la relación de esta institución con el Ejecutivo y que tendremos ocasión de analizar con mayor detenimiento con posterioridad– se ha optado por dotar al MF de una gran capacidad para definir y concretar el alcance de lo que deba considerarse como interés público, al considerar esta institución, en su conjunto, como un órgano de relevancia constitucional, dotado de autonomía en su relación con Gobierno y de competencia para dictar instrucciones y circulares a los miembros que conforman o que se integran en su seno.

A diferencia de Italia, en España el constituyente, y en Holanda la doctrina, han entendido que los fiscales, a diferencia de los jueces, no pueden

767. Que el fiscal es parte en el proceso es algo que no se duda en Holanda. Sin embargo, si nos referimos a Italia, el problema se centra, como antes aludíamos, en la contradicción que supone la conformación de un fiscal que no porta más interés que el de la legalidad y que no es parte material del proceso, y que, sin embargo, actúa en un proceso acusatorio puro. A nuestro juicio, es evidente que, en nuestro sistema, el fiscal español es parte en el proceso, aunque parte imparcial, pues ha de defender el interés público que guía su actuación.

decidir según los dictados de su conciencia individual, ni pueden ajustar sus peticiones a la promoción exclusiva de las pretensiones de las partes privadas, pues «su actuación procesal está sujeta a los condicionamientos que le impone el juego de los principios de unidad actuación y dependencia jerárquica, limitativos de su autonomía individual»⁷⁶⁸. Condicionamientos que no operan en el sistema italiano y que, a nuestro juicio, responden de forma más adecuada a la efectiva unidad de dirección necesaria en la función acusatoria, y al cumplimiento del principio de igualdad ante la ley.

La ley no puede alcanzar hasta el extremo de determinar lo que, en cada caso, debe entenderse como el interés público tutelado por la ley. Y la actuación del fiscal, mucho menos aún que la del juez, no puede devenir de modo automático. Como señala FLORES PRADA, I., en el Ministerio Fiscal el único modo de asegurar la unidad de actuación y, a través de dicho mecanismo, la consecución del principio de igualdad es mediante el sometimiento jerárquico de todos los funcionarios a las instrucciones del máximo órgano de la Fiscalía. Y el fundamento último que legitima tales instrucciones es, tanto en Holanda como en España, «precisamente el campo intermedio que existe entre el marco de actuación que proporciona la legalidad y la apreciación personal del funcionario en su actuación sobre el caso concreto». Espacio considerado muy amplio en Holanda, de ahí su regulación, e inexistente en Italia, de ahí la suya. España, como ya hemos constatado también en algún otro aspecto del sistema comparado entre ambos modelos, se sitúa en un plano intermedio. Y tanto en Holanda como en España, comprobamos que, efectivamente, dichas instrucciones contienen líneas generales de dirección en el ejercicio de la acción penal, y más aún, órdenes particulares sobre la actuación del MP en determinados asuntos de su conocimiento. La existencia de este espacio intermedio da entrada al interés público como máximo criterio informador de las necesarias directrices que, en este ámbito, ha de seguir el Ministerio Fiscal para adecuar su actuación a la defensa del mencionado interés⁷⁶⁹. Para ello es estrictamente necesario conseguir a través de la unidad del MP, a la que tanto contribuyen estas directrices, que la actuación profesional de todos los miembros de la carrera fiscal se dirija a la consecución de unos mismos fines. A ello se ha renunciado en Italia. Lo que sí distingue a España y a Holanda, pero es un problema distinto, es que para la elección de estos fines, o bien para la definición de las actuaciones concretas que conforman una determinada estrategia colectiva en orden a su consecución, los órganos de dirección del MP gocen de un mayor o menor margen

768. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales...*, pg. 170.

769. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 419. A él pertenecen las palabras entrecomilladas anteriores.

de libertad y autonomía en su actuación. Y en esta cuestión influye notablemente el modo en cómo se articula su relación con el Ejecutivo, que como analizaremos posteriormente, difiere sustancialmente en ambos sistemas⁷⁷⁰.

Efectivamente, hay que distinguir entre los límites de esta autonomía y a quien corresponde la titularidad en la orientación, conforme al interés público, del ejercicio de la acción pública.

El primero de los límites a considerar es evidentemente el principio de legalidad. Una vez más podemos ver aquí claramente los efectos que su diferente configuración y definición producen en el MP. El principio de legalidad italiana en lo referente a la institución tiene como contenido fundamental el principio de obligatoriedad. Entendido este como la garantía de independencia del MP *ad extra*, su construcción doctrinal ha llevado a una elevadísima autonomía de los fiscales *ad intra*. Eliminada la carrera fiscal y la jerarquía, vistas las pocas posibilidades de sustitución de los fiscales por parte de los fiscales jefes, la posibilidad de dictar instrucciones de carácter general en busca de una unidad de actuación del MP no existe. Son los propios fiscales, a través de la ley y el principio de obligatoriedad, los únicos responsables de lograrla.

En cuanto a la configuración del principio de legalidad en España, nuestro sistema integra, como hemos tenido ya ocasión de comentar, tanto la consideración del principio de oportunidad como el de obligatoriedad. Siendo muy diferente con respecto a Italia la perspectiva que, en relación al principio de obligatoriedad, adopta el constituyente y el legislador español, no se ha impedido que la Fiscalía General del Estado, a través del principio de jerarquía y unidad de actuación, desarrolle una labor importantísima y, a nuestro juicio imprescindible, de complementación de la norma jurídica para orientar la actuación del MF. La primacía del principio de legalidad en nuestro sistema actúa como límite fundamental para impedir que estas orientaciones, directrices complementarias, instrucciones, sitúen a la institución fuera de la ley o contra la propia ley. Las instrucciones pueden por tanto ser únicamente adoptadas *secundum legem*. Más allá se puede ir en Holanda, cuyas instrucciones bajo el principio general de discrecionalidad pueden incluso superar la letra de la ley; pero lo que las mismas contienen en esencia, tanto en un país como otro, son directrices políticas que en el ejercicio de

770. Lo que sucede en Italia, a través de la tipología de un MP independiente, es que se acaba atribuyendo la determinación del interés público a un funcionario público, que carece de legitimidad política y de mecanismo de exigencia de responsabilidad. Una cuestión sobre la que también parte de la doctrina española se muestra muy crítica. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pg. 198.

la acción pública que significa la puesta en marcha del *ius puniendi* del Estado –responsabilidad del MF–, buscan poner valor «el espíritu último y la finalidad de la norma en relación con los valores superiores constitucionales, esto es, la satisfacción del interés público en la aplicación del derecho».

En definitiva, apoyamos sin dudarle la línea interpretativa referida al hecho de que «resulta preciso establecer un vínculo entre la actuación individual del fiscal y los fines últimos perseguidos por la norma, un vínculo que encuentra su legitimación en la sujeción del MF al interés público en su defensa de la legalidad, encuadrado en el más amplio campo de las expectativas sociales depositadas en la aplicación del Derecho»⁷⁷¹. Y ello, entendemos que se realiza fundamentalmente a través de las instrucciones de los máximos órganos de la Fiscalía.

771. Para ambas citas FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pgs. 421 y 422 respectivamente. Cuyas opiniones hemos seguido bastante linealmente en este punto. De dicho autor tomamos prestada además una cita de una Circular que muestra cómo la realidad jurídica se corresponde con esta construcción doctrinal: «Promulgada la CE, entiende esta Fiscalía que es obligado considerar la misión que a nuestro Ministerio corresponde como defensor de los derechos humanos, cívicos y sociales proclamados en ella y del interés público tutelado por la ley y recordar con el necesario énfasis el exacto ejercicio de la altísima tarea que el artículo 124 nos encomienda. Servirá también la oportunidad para exponer a todas las Fiscalías la orientación la General del Estado entiende necesario imprimir a nuestras actuaciones». Circular 30-XII-1978 núm. 7/1978. Y podemos encontrar ejemplos más actualizados en muchas otras instrucciones de la Fiscalía General. Por seguir con el ejemplo de la legislación de menores en nuestro país y el amplio ámbito de actuación que dicha legislación ha abierto a la actuación del Ministerio Fiscal, hemos elegido la Circular 1/2007 sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006. Una extensísima instrucción donde entre otras cosas puede leerse: «La Fiscalía General del Estado ha considerado prioritario lograr una interpretación uniforme y adecuada de la legislación penal de menores, lo que se refleja en la profusa doctrina emanada de la misma. El protagonismo absoluto del Fiscal en el sistema de Justicia Juvenil y la índole de los intereses en juego exige más que en ninguna otra área un armónico y ordenado cumplimiento del principio de unidad de actuación». En efecto, además de la referida Circular –y sin necesidad de retrotraernos a fechas anteriores a la publicación de la LORPM– debe reseñarse la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000; la Instrucción 1/2000, de 26 de diciembre, sobre la necesaria acomodación a la LORPM de la situación personal de los menores infractores que se hallen cumpliendo condena en centro penitenciario o sujetos a prisión preventiva; la Circular 2/2001, de 28 de junio, sobre incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre en el ámbito de la jurisdicción de menores; la Consulta 1/2002, de 24 de octubre, sobre ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil tramitada conforme a la LO 5/2000; la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores; la Instrucción 3/2004, de 29 de marzo, sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía; la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, la Consulta 2/2005, de 12 de julio sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente, y la Consulta 4/

El segundo de los límites es el que se refiere a la autonomía funcional de los propios fiscales, garantizada por su sometimiento a la legalidad –que no es lo mismo que su defensa de la legalidad– y que, en todo caso, debe impedir que bajo el pretexto del interés público contenido en líneas generales de orientación, se vea sustituida la valoración personal y de conciencia que, a cada miembro de la carrera fiscal, le compete en el ejercicio de sus funciones. Es al fiscal a quien corresponde la calificación jurídica de unos hechos y quien debe responsabilizarse de su actuación.

Como sabemos, en la opción italiana, las limitaciones que se derivan del principio de autonomía funcional de los fiscales son muy considerables. Frente al principio de unidad, en Italia se ha primado la autonomía funcional de los fiscales, lo que en definitiva conduce a la personalización del MP italiano, característica que ya hemos tenido ocasión de hacer notar.

Todo lo contrario sucede en Holanda y en España. El principio de unidad es el principio orgánico fundamental sobre el que descansa la institución. De su adecuada articulación depende en gran medida el ejercicio coherente de sus misiones. De este modo, el criterio de los fiscales puede verse modificado –o incluso contrariado– en cualquier momento por el de sus superiores jerárquicos, sin necesidad de procedimientos especiales⁷⁷². Y to-

2005, de 7 de diciembre, sobre determinadas cuestiones en torno al derecho a la asistencia letrada en el proceso penal de menores. Tras la publicación de la LO 8/2006, de 4 de diciembre se dictó la Instrucción núm. 5/2006, de 20 de diciembre, sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevista por la Ley Orgánica 8/2006, cuyos criterios han sido asumidos por la STS núm. 502/2007, de 4 de junio. También dedican apartados específicos a aspectos relacionados con la posición del Fiscal ante el proceso penal de menores la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería; la Instrucción 2/2006, 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores; la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación y la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE. A la hora de abordar los múltiples temas que se plantean en las circulares, debe partirse de algunos ejes básicos. Las últimas reformas colocan en un primer plano los intereses de las víctimas, quizás hasta ahora preteridas o eclipsadas por el preponderante papel que al superior interés del menor se reconoce en esta jurisdicción especializada. Por otro lado, se introducen importantes modificaciones en la regulación de las medidas orientadas hacia un incremento de las posibilidades sancionadoras, si bien matizado por el mantenimiento de un gran margen de decisión en manos del juez. Se concretan en este punto las pautas contenidas en la disposición adicional sexta introducida en la LORPM por la LO 15/2003. Finalmente –y ello va a exigir un esfuerzo interpretativo importante– «se modifica radicalmente el tratamiento procesal de la acción civil, inspirado en el sistema de acumulación de acciones –bien que combinado con el mantenimiento aunque funcionalmente restringido– de la pieza de responsabilidad civil...»

772. Establece el art. 23 Ley 24/2007 *«Los miembros del Ministerio Fiscal son autoridad a todos los efectos y actuarán siempre en representación de la Institución. En cualquier momento de la*

dos los fiscales están sometidos al criterio emitido por la máxima autoridad de la institución, cuyas instrucciones son siempre de obligado cumplimiento. Si bien existe, por supuesto, en ambos sistemas la posibilidad de que el fiscal se oponga al cumplimiento de instrucciones concretas en virtud del principio de legalidad⁷⁷³. Y en todo caso, si se produce oposición a la misma, aunque fiscal sea compelido a cumplirla, será responsable aquel que la dictó (art. 27.2 EOMF).

La unidad española es una cualidad del MF español que permite que la institución, en su conjunto, oriente su acción hacia la consecución del interés público tutelado por la ley, como una de sus misiones fundamentales. En el MF español se presume una efectiva unidad de dirección en la función acusatoria, que permite hacer cumplir el principio de igualdad. Se trata sin duda de un rasgo que le identifica frente al Ministerio holandés, más laxo en su unidad, así como respecto del italiano, en los términos a los que ya hemos hecho referencia.

Toda institución, todo órgano constitucional del Estado, además de por el cumplimiento del principio de legalidad, esto es, por el cumplimiento formal de sus misiones constitucionales, se legitima ante la sociedad por el grado de conformidad con el interés público que adquieran sus acciones. Los tribunales lo cumplimentan a través de la motivación de sus sentencias, cuyo control básico es la segunda instancia y el cumplimiento material del principio de legalidad. Mucho más conectada con el interés público, es decir, con una perspectiva política de sus decisiones, se encuentra la legitimación del Tribunal Constitucional. También es a través de la motivación de sus sentencias y la calidad de sus argumentos jurídico-políticos, como obtendrá su legitimación material; pero de la aceptación social del contenido de sus sentencias y de su conexión con el interés público y rigor en su interpretación constitucional, depende en gran medida su legitimidad política y social dentro del Estado. El Gobierno sería el órgano situado en el otro extremo

actividad que un fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que le estuviese asignada en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía, podrá el superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache. Si existe discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo Fiscal, que podrá expresar su parecer». Las partes subrayadas en negrita suponen las modificaciones introducidas por la nueva ley, a las que hay que añadir la supresión de la actuación *«por delegación de su jefe respectivo»*. Efectivamente, este nuevo artículo introduce nuevos matices en las relaciones internas del Ministerio Fiscal. En todo caso, subrayar que tanto el principio de jerarquía, como la autonomía de cada fiscal siguen respetándose. Se ha producido más bien una clarificación de las relaciones y se han introducido más garantías.

773. En España en concreto se encuentra reconocido en el art. 6 en conexión con el art. 27 del EOMF.

del Poder Judicial, pues su legitimación material y sobre todo, su respaldo social, no se fundamenta en argumentos de base jurídica sino de forma más cercana a las decisiones basadas en criterios discrecionales y de oportunidad política.

El Ministerio Fiscal tampoco es ajeno a esta situación. El MF lejos del gobierno, pero también de la particular responsabilidad de la magistratura, necesita de una legitimación material que habrá de obtener, más allá de un estricto cumplimiento del principio de legalidad que afecta de manera especial al órgano encargado de su defensa, a través del respaldo social de sus acciones. Su obtención, requiere en gran medida que sus actuaciones puedan considerarse fruto de un interés público que la institución ha definido previamente, ha hecho público y que persigue con coherencia. El Ministerio Fiscal no puede legitimarse por las decisiones y acciones de sus funcionarios consideradas individualmente que, por supuesto, deberán estar perfectamente ajustadas a la legalidad, faltaría más –diríamos nosotros–, sino porque sea capaz de desarrollar como institución pública una política criminal en todas aquellas amplísimas actividades que le competen, haciendo reconocible su labor y sus orientaciones conforme al interés público, de forma coherente y definida, en un ejercicio de responsabilidad medible y evaluable, través de los resultados que produce. Para ello, la unidad del MP se nos antoja fundamental.

Es cierto que muy recientemente el MF ha sufrido modificaciones orgánicas que han introducido cierta desconcentración. No obstante, el principio de jerarquía ha permanecido intacto. Y, a nuestro juicio, la unidad no se verá afectada.

II. EL MINISTERIO FISCAL EN LA INSTRUCCIÓN

El Ministerio Fiscal español, al contrario que sus homólogos holandés e italiano, no tiene atribuida la «instrucción penal»⁷⁷⁴; o como cabe referir en términos más correctos, la «investigación oficial o investigación preliminar»⁷⁷⁵. No en vano, tanto en Holanda como en Italia no existe una instrucción propiamente dicha, al modo español. En todo caso, la postura que pretendemos defender es que no se trata de otorgar la «instrucción», tan característicamente española, al fiscal, convirtiendo a esta figura en un Juez de Instrucción con otra denominación, ya que, a nuestro juicio, no es tan determinante

774. Como muy claramente establece la LECrim española en su art. 303: «La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de Instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva...».

775. La traducción holandesa es «*gerechtelijk vooronderzoek*» o «*pre-trial stage*» en su traducción al inglés más frecuente; y en italiano «*indagine preliminare*».

quien instruye, sino la necesaria articulación de una verdadera investigación oficial en el proceso penal español de cara a una eventual preparación de una acusación. De tal modo que esta fase del procedimiento, no en vano considerada siempre *preliminar*, asegure de mejor manera el derecho a un proceso público con todas las garantías y articule un mecanismo más perfeccionado de protección de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso, eliminando además la multitud de inconvenientes y retrasos que genera el proceso actual. Es en este sentido en el que consideramos necesario y beneficioso atribuir la investigación preliminar u oficial al Ministerio Fiscal⁷⁷⁶. Igual que han hecho en Holanda e Italia hace ya años, como analizaremos brevemente a continuación.

Y ello porque en primer lugar, como ha señalado algún autor, la investigación judicial de carácter inquisitorial existente en España es incluso de dudosa constitucionalidad. En este sentido, cabe hacer notar que la instrucción de oficio por el Juez de Instrucción choca con los mandatos de contradicción, igualdad de armas e imparcialidad del juzgador contenidos en el artículo 24 de la Constitución⁷⁷⁷. Pueden esgrimirse numerosas razones con distintos perfiles que lo demuestran. Para empezar baste reflexionar sobre la capacidad del juez para adoptar medidas de oficio y sin contradicción para darse cuenta de que el proceso, por mucho que lo dirija un juez independiente, no es un mecanismo de protección de garantías intangible. Hasta el año 1995 podía decretarse incluso la prisión provisional de este modo⁷⁷⁸. Y

776. Durante la preparación de esta obra nos hemos encontrado con el rechazo en más de una ocasión a esta propuesta y ante distintos tipos de juristas: abogados del estado, jueces, políticos y, por supuesto, fiscales. De entre las razones esgrimidas, en escasas ocasiones se han utilizado argumentaciones o fundamentaciones de tipo teórico, sino que han estado referidas a cuestiones más pragmáticas como las que se relacionan con los medios materiales, los problemas de adaptación y las raíces históricas del MF y sobre todo han sido cuestionadas haciendo referencias a problemas corporativos al interno de la Administración de justicia. De hecho, este tipo de reticencias se constatan tanto por parte de los Jueces a renunciar a la instrucción, como por parte de los Fiscales a aceptarla. Esta alusión a las resistencias en el seno de la Fiscalía «ante el vértigo de un Fiscal acomodado –aunque no siempre cómodo– en la ventajosa condición de *amicus curiae*», han sido subrayadas, entre otros autores por CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación del delito y sus garantías. ¿Hacia una futura instrucción fiscal?» (*Separata*), *Curso de verano de la UIMP, «Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal»*, Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado, Santander, 21, 22 y 23 de agosto de 2006, pg. 15. Fue en este mismo Curso donde yo mismo pude percibir estas reticencias.

777. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, op. cit., pg. 502.

778. Abolida por la LO del Jurado 5/1995, Disp. Final Segunda, que modificaba el art. 504 bis 2 de la LECrim, y que hoy es el actual art. 505.4 LECrim. Según el cual: «El juez o tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de fianza. Si ninguna de las partes la instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviere detenido». Muy relevante es hoy por tanto la Instrucción núm. 4, de 15 de abril de 2005 «sobre motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación».

es que la diferencia entre el proceso acusatorio y el inquisitivo, reside entre otros factores, en la diferencia sustancial que supone que un juez dictamine acerca de la actuación de un acusador, comprobando si se ajusta a los cauces legales en todas sus actuaciones –incluso juzgando en ocasiones el fin de las mismas– o que el juez haya de juzgar sus propias actuaciones. El problema básico y claro es que «el juez de si mismo, por independiente que sea, no lo será tanto como para independizarse de su propia conciencia. El sistema de controles cruzados es, se quiera o no, más fiable por naturaleza humana»⁷⁷⁹. Y es que desde luego frente al proceso penal holandés o italiano, en el proceso penal español, como ha señalado más de un autor, existe un «cambio de papeles» en donde el juez adopta decisiones de oficio y es el fiscal quién de modo indirecto a través de los recursos ejerce los controles de legalidad sobre la actuación del juez⁷⁸⁰. En Holanda o en Italia, como en todo proceso acusatorio, es el Juez de Garantías quién controla la legalidad de las actuaciones que de oficio, bajo el principio de obligatoriedad o discrecionalidad, ejerce el fiscal. En España, siendo el Juez de Instrucción el verdadero motor de esta fase procesal, el juez investiga para el fiscal y el fiscal inspecciona la legalidad de las actuaciones sumariales del juez⁷⁸¹. Si para la imparcialidad y objetividad del proceso es ya indiscutible la obligación de separar las funciones de instrucción y decisión, otro tanto habrá de pensarse sobre el hecho de que confluyan en un mismo órgano la iniciativa de las actividades investigadoras, la adopción de medidas cautelares y actos instructorios que afectan a los derechos fundamentales y la decisión sobre la conveniencia y legalidad sobre los mismos. En el proceso acusatorio, una de las cuestiones ya asumidas es que la neutralidad del juez, depende en buena medida de que salvo para proteger los derechos de la persona, éste se encuentre alejado de la investigación y así, poder decidir con verdadera imparcialidad⁷⁸².

Con otro matiz, desde el punto de vista de la defensa de la víctima, hemos de insistir en ello: la imparcialidad, la objetividad del proceso, de-

779. CRESPO BARQUERO, Pedro, «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación del delito y sus garantías. ¿Hacia una futura instrucción fiscal?», (*Separata*), *Curso de verano de la UIMP*, «Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal», Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado, Santander 21, 22 y 23 de agosto de 2006, pg. 24.

780. BAÑO Y ARACIL, J., «El Ministerio Fiscal en la instrucción de los delitos», *Rev. General del Derecho*, núm. 594, marzo 1994, pg. 1758. Para quien además se trata de un cambio de papeles «inadmisible se mire por donde se mire, ya que el Juez adopta decisiones de oficio que "contaminan objetivamente" y es el Ministerio Fiscal el que ejerce el control de la legalidad, bien es cierto que de un modo indirecto a través de los recursos». Por ejemplo, a través de los mecanismos –recurso de apelación o en queja–, previstos en el art. 311 LECrim.

781. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, 493. Aunque el fiscal tenga atribuida históricamente la función de «inspección» de los actos del juez (art. 306 LECrim).

782. *Ibidem*, *op. cit.*, pgs. 498-499.

pende en una medida fundamental del juego contradictorio del sistema. Y en el proceso penal español no existe verdaderamente, marcando una clara frontera entre el proceso acusatorio puro y el acusatorio formal⁷⁸³.

Y es que, como señala GIMENO, salvo que se quiera prescindir del principio acusatorio, lo que no parece razonable a juzgar por todas las reformas procesales desde la democracia –salvo por la tenacidad con que se ha mantenido la figura del juez de Instrucción–, la consolidación del principio acusatorio exige que la instrucción sea llevada a cabo por el Ministerio Fiscal y ello, en primer lugar porque en nuestro actual sistema la defensa tiene en realidad que enfrentarse a dos acusadores, al MF y al Juez de Instrucción, cuya labor es esencialmente inquisitiva, al contrario de lo que acontece con los países que han instaurado el modelo del MF-Director de la investigación, en el que dicho órgano jurisdiccional es un «juez imparcial de garantías»; y en segundo, porque, aun cuando el MF sea un «*órgano colaborador de la Jurisdicción*», es, al propio tiempo, una parte desprovista de independencia judicial y, por tanto, de capacidad para generar actos de prueba sumarial anticipada. A diferencia del vigente proceso penal, en el que muchas sentencias de condena se fundan en diligencias sumariales, en el nuevo modelo, al no poder el MF (y excepción hecha de los escasos supuestos de su intervención en la prueba preconstituida) producir estos actos de prueba sumarial anticipada (así, las por él intervenidas en las declaraciones testificales o del propio imputado ante el MF), sino meros actos de investigación, se potenciaría el principio de que la prueba ha de surgir en el juicio oral bajo la intermediación del tribunal sentenciador⁷⁸⁴.

783. CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación...», *op. cit.*, pg. 27. En sus propias palabras: «no es lo mismo valorar que frente a una imputación formulada y sostenida por otro (el Ministerio Fiscal) puede ser objetivamente útil a la defensa de la obtención por cauces oficiales de una información determinada, que valorar por sí y ante sí la petición del abogado que insiste en poner palos en las ruedas del bolido inquisidor pilotado por un juez. No es lo mismo, desde el punto de vista de la defensa, combatir una acusación, que combatir a la encarnación constitucional de la Justicia. Como dijo RADBRUCH, "quién tiene por juez a un acusador, necesita a Dios como abogado"».

784. GIMENO SENDRA, Vicente, «La reforma de la LECrim y la posición del MF. en la investigación penal», *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, AA VV, GIMENO SENDRA, V., Director, Iustel, 2006, pgs. 35-36. Algo con lo que parece estar muy de acuerdo CRESPO BARQUERO, incluso con la idea de que existen dos acusadores, cuando afirma con rotundidad la realidad de la instrucción al alimón entre el juez y el fiscal, y su corporativismo: «Cualquier práctico del Derecho sabe que, salvo excepciones, es así. Lo "normal" es que juez y fiscal coincidan en una misma línea de investigación, y con un mismo objetivo. La discrepancia se percibe como algo anómalo, como una fuente disfuncional de conflictos, incluso en el debate público. Y de hecho, es habitual que los jueces se quejen de la *rotación* de fiscales, y hasta reclamen formalmente a los Fiscales Jefes la estabilidad de "*su*" fiscal, con el que ya tienen una serie de *criterios acordados*, y al que con naturalidad consideran como un *colaborador* del Juzgado, *adscrito* a él casi como cualquier otro de los integrantes de la plantilla. Y lo mismo sucede con los Fiscales, a los que resulta lógicamente más cómodo saber a

La segunda de las razones por las que hemos afirmado que es necesario y beneficioso atribuir la investigación preliminar u oficial al Ministerio Fiscal, es porque además el Ministerio Fiscal español es una institución que constitucionalmente se encuentra en perfectas condiciones orgánicas y funcionales para ello. A nuestro juicio, incluso en mejor posición que sus homólogos holandés e italiano. Y ello porque el Ministerio Fiscal español está presidido por los principios de imparcialidad desde el punto de vista funcional y de unidad desde el punto de vista orgánico. Principios que desde su, a nuestro juicio, verdadera dimensión, esto es la dimensión «colectivamente reflexionada», son dos caras de la misma moneda, se refuerzan mutuamente, y son ideales para poner en manos del fiscal esta fase procesal. Lo vamos a ver. Pero antes, sucintamente, repasaremos el proceso holandés e italiano con el fin de encontrar esas pequeñas carencias que no posee el Ministerio Fiscal español. Para empezar, podemos recordar que el significado de la imparcialidad holandesa tiene sus matices con respecto al principio español. Ambos participan de una legalidad distinta. Por su parte, del Ministerio Público italiano, difícilmente puede predicarse la «unidad colectivamente reflexionada». La independencia funcional y la personalización de funciones en su seno lo sitúan en parte de la crítica que acabamos de hacer, como una figura análoga al Juez de Instrucción español.

1. EL FISCAL EN EL PROCESO HOLANDÉS. UN «DOMINUS LITIS» DEL PROCESO

El proceso holandés se caracteriza por ser un proceso fuertemente contradictorio, donde los poderes del fiscal son muy amplios, lo que ayuda a comprender la responsabilidad política que corresponde a dicha institución en la implementación de la política criminal y en la percepción de la criminalidad; así como sus estrechas relaciones con los órganos políticos, Gobierno y Ayuntamientos. Tiene una enorme presencia en la justicia negocial que pretende descongestionar el trabajo judicial y que es de cierta tradición en Holanda. No obstante, como en España, también se dan momentos en los que la investigación del fiscal y la investigación judicial pueden discurrir de forma paralela.

que atenerse, conociendo al juez y teniendo en su mano la *amenaza* de la "guerra abierta" (concretada en una *lluvia de recursos*) capaz de generar un extraordinario volumen de papel en el órgano judicial. Habría que ver la cara de cualquier Decano de un Colegio de Abogados recibiendo un oficio de un juez exigiendo que todos los asuntos de su juzgado los llevase el mismo letrado, para facilitar el trabajo. Esa es, guste o no, una parte de nuestra realidad, solemnemente regida por la igualdad de armas». CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación...», *op. cit.*, pg. 15.

Ya hemos tenido ocasión de comentar que en el modelo de fiscalía holandesa no existe una instrucción propiamente dicha pero, por supuesto, existe una «fase de preparación del proceso»⁷⁸⁵, que si bien difiere de una instrucción como la nuestra, dado que en un sistema acusatorio puro se trata de formar una posición acusadora y no tanto de encontrar la verdad material de los hechos⁷⁸⁶, comparte elementos comunes tan relevantes como la determinación de la persona del acusado y de la víctima, o de la tipificación de la conducta como punible.

En todo caso, corresponde al Fiscal llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para la preparación del juicio en este estadio del proceso, siendo por ello además el máximo responsable de las investigaciones policiales. La policía debe darle cuentas de todas sus actuaciones y toda investigación debe ser llevada a cabo bajo las instrucciones del Fiscal, quien, a su vez, debe vigilar que las actividades y los procedimientos llevados a cabo sean conformes a la legalidad. Además debe autorizar a la policía la aplicación de ciertas medi-

785. «Pre-trial stage» es la terminología inglesa utilizada por la literatura holandesa, aunque sin embargo utilizan la el término de instrucción, para designar al magistrado que participa en este estadio del proceso en los casos en que es necesario. Una traducción asimismo usual es la de fase de «informaciones provisionales».

786. Como observaremos, el juez de garantías holandés juega un papel esencialmente pasivo –como corresponde por esencia a la acción jurisdiccional, y de tal modo que puede no tener que ser llamado a intervenir– y que se considera esencial para poder desarrollar una función imparcial en el transcurso del proceso. Es el Fiscal quien asumiendo la investigación, desarrolla el papel de parte en el proceso, cuestión que se asume sin problemas por la doctrina holandesa. El problema fundamental del Juez de Instrucción es que, aunque formalmente no sea parte del proceso, la investigación de los hechos requiere sin duda, la toma de conciencia de una «posición de parte». Por muy independiente que sea, la introducción de elementos y datos que permiten individualizar y concretar el objeto procesal es esencialmente una función de parte, la ejerza quién la ejerza. Como señala algún sector de la doctrina, han sido las teorías de la verdad material en la justicia penal las que, escudadas en la singularidad de la fase de investigación y su fin procesal de permitir la activación del *ius puniendi* del Estado, han justificado la participación del poder judicial en la arena procesal y la introducción de métodos inquisitivos de investigación dentro de una actividad de parte que debe estar guiada por la contradicción entre ambas. FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, op. cit., pg. 609 y VIVES ANTÓN, T., en *Comentarios a la ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La Reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1992, pgs. 243 y ss. Autor que subraya cómo se han ido cuestionando las teorías de la verdad material. En todo caso proceso penal en Holanda, tal y como hemos tratado de exponer a lo largo de este trabajo, en coherencia, a nuestro juicio, con su propia cultura jurídica, y apurando casi todo su sistema de justicia, busca claramente una verdad formal. Tendremos asimismo ocasión de constatar que, aunque el proceso italiano tuviera en su origen un fuerte carácter contradictorio, las sucesivas reformas y la jurisprudencia constitucional producidas en torno a la teoría de la búsqueda de la verdad material de los hechos –y que en Italia ha dado en denominarse doctrina de la no dispersión de la prueba– ha consentido «el sacrificio del principio de oralidad... y la retirada de importantes medidas del proceso de partes y de aquellos principios naturales del juicio» FERRAJOLI, Marzia, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Cedam, Padova, 1993, pg. 144.

das coercitivas (arts. 141 y 148 CPC)⁷⁸⁷. Y si bien ello de por sí conlleva cuanto menos una discrecionalidad técnica muy grande, no controlada y conducida en el caso español por un Juez Instructor, queda aún por considerar el alcance de la auténtica discrecionalidad política, que asimismo ostenta el Fiscal holandés en su máxima expresión, durante el ejercicio de la acción penal y en el resto de sus competencias. Ante el recibo de una *notitia criminis*, por cierto el único legitimado para ello, el fiscal no está ni de lejos obligado a remitir la denuncia a juez alguno, ni a continuar el proceso de manera alguna, estando legitimado para dar curso a ésta de la manera que estime más oportuna, eso sí, según le permite la ley.

De este modo, ante una denuncia o querella, al fiscal se le plantean cuatro alternativas:

- i) Desestimar la demanda (art. 167 CPC). Si bien no puede negarse en este punto la discrecionalidad técnica en lo que concierne a apreciar si las evidencias o indicios de un posible delito son conclusivas, esta función puede no estar atribuida al fiscal –caso español– por tanto, semejante competencia no es irrelevante en absoluto. Pues bien, si en el ejercicio de esta función el fiscal se encuentra ante una muy factible posibilidad de delito, puede desestimar también la demanda en base a que una continuación de la acusación pudiera no ser conveniente. Sería una desestimación por razones de política criminal. Estas razones, variables, transitan, por ejemplo, desde la propia solución del conflicto entre el ofendido o la víctima, o cuando el delito sea

787. Art. 141 CPC: «De la averiguación de los hechos delictivos se encargan:

a) Los Fiscales.

b) Los funcionarios de policía a los que se refiere el art. 3, párrafo primero, letras a) y c) y segundo párrafo de la *Politiewet* de 1993.

c) En los casos a determinar por el Ministro de Justicia... la Guardia Real...»

Art. 148 CPC: «1. El Fiscal se encarga de la investigación de los hechos punibles dentro de la jurisdicción del Tribunal encuadrado en el distrito al que el fiscal pertenece, así como de la investigación de hechos punibles que se hayan perpetrado dentro de esa misma jurisdicción y sobre los que tienen conocimiento otros tribunales.

2. Para tal fin dará las órdenes oportunas a las personas encargadas de las actuaciones de averiguación.

3. Al llevar a cabo él mismo actuaciones de averiguación, debe informar de los resultados por medio de un atestado instruido bajo juramento profesional.»

Aquí por Ej. se puede hacer una diferenciación clara en la legislación de lo que supone la existencia de un Juez de Instrucción en el proceso. Dice la legislación española: «Cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso» (art. 300 LECrim). Y «La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva, y en su defecto a los demás de la misma ciudad o población cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales». Podemos ver claramente que en una legislación existe una investigación oficial de la que se encarga el fiscal, y en la otra una instrucción de la que se encarga el juez.

considerado como no peligroso y se decida no actuar en juicio. El criterio fundamental a seguir es que no pudiendo desestimar la demanda por razones técnicas, puede hacerse por razones políticas bajo ciertas condiciones que tienen que ver con la situación personal del imputado. En cualquier caso, si las condiciones afectan a los derechos fundamentales del imputado –imagínese por ejemplo la obligación de internamiento psiquiátrico– no se le puede compeler a que las siga. Pues aunque nos estamos refiriendo al establecimiento de condiciones, éstas no se ofrecen a cambio de nada, sino que simplemente se observa si pueden darse o de hecho se dan. Si bien algunos autores defienden que siempre puede desestimarse la demanda bajo ciertas condiciones, apoyamos más la idea de que, el uso legítimo de la desestimación bajo condiciones políticas se encuentra en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que obligan a que nadie pueda hacer uso de las penas más severas cuando la violación del ordenamiento puede ser también restaurada de otra forma⁷⁸⁸.

- ii) La transacción (arts. 74 y ss. CP): Otra posibilidad en manos del fiscal holandés para finalizar un caso de criminalidad sin que sea trasladado a un juez, es la transacción. El Código Penal posibilita que un sospechoso –imputado o demandado– pueda evadir un procedimiento criminal y todos sus efectos negativos ante los juzgados, aceptando determinadas condiciones, entre las cuales, la más importante y usual es la que se refiere al pago de una suma de dinero prescrita. Si en su origen la aplicación de esta transacción estaba prevista únicamente para delitos menores, desde la Ley de Sanciones Pecuniarias (*Wet Vermogenssancities*) de 31 de marzo de 1983⁷⁸⁹, puede aplicarse a delitos de hasta seis años de cárcel. Si una persona cumple las condiciones impuestas como parte de la transacción, el fiscal pierde su derecho a la acción; se cierra la causa. El punto clave de esta «negociación» es el consentimiento del sospechoso. Consentimiento que en ningún caso puede ser forzado, pues no puede ofrecerse la transacción como la única vía cerrando de esta manera la posibilidad de un juicio. Debe ofrecerse en total libertad. Es el principio del «debido proceso»⁷⁹⁰ el que debe informar la actuación del fiscal para determi-

788. BLAD, J., «(Voorwaardelijk) seponeren als conflictoplossende activiteit buiten de rechter om», pg. 312, en *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de rechter om*, editor Sniders H. J., Gouda Quint, Arnhem, 1988.

789. *Staatsblad* (Boletín Oficial del Estado) núm. 153, 1983.

790. Aludíamos antes a la preponderancia de una tradición jurídica ligada al sistema de «common law», pues bien, otro rasgo característico del sistema jurídico holandés es la no codificación de los principios que lo rigen. Así, pueden encontrarse dispersos en la literatura jurídica, o en la jurisprudencia, pero son de muy difícil hallazgo en el derecho positivo. Para el caso del principio de «debido proceso» «due process» puede verse cualquier referencia, ya mencionada, de autores holandeses.

nar si debe finalizar la causa mediante desestimación o transacción. Igual que parte de la doctrina se muestra satisfecha con el rendimiento de la transacción⁷⁹¹, otro sector sin embargo, previene de sus peligros. Por el principio de la ponderación de intereses de manera razonable y justa (*beginsel van redelijke en billijke belangenafweging*), estos modos de finalización (desestimación y transacción) pueden tornarse ilícitos. Si está en duda la obtención de una sentencia favorable por parte del fiscal, nunca podrá aplicarlos. De otro modo, estaría violando los derechos del imputado a ser juzgado por un juez imparcial, así como imponiendo penas más graves de las que posiblemente se impondrían en la sentencia, asumiendo competencias de un previo y falso juez que juzga, aún habiendo dudas razonables sobre la culpabilidad final. En estos casos, si el fiscal posee dudas razonables, debe siempre remitir la causa al juez e iniciarse el proceso⁷⁹². Este es el principal argumento que, como aludíamos anteriormente, utilizan los defensores de la asimilación de la Fiscalía con la Magistratura. Tanto en la desestimación, la transacción, como en la hipótesis de su desvirtuación, por otro lado imposible de controlar, el fiscal adopta una actitud cuasi-judicial, más propia de un magistrado anticipado que de un funcionario de la justicia que ejerciese una acusación de parte. Por ello, se trata de acentuar su carácter judicial frente al estatus ejecutivo que los fiscales asumen, por ejemplo, en la dirección de la policía.

- iii) La reducción de cargos («*Plea bargaining*»): Mecanismo similar al de la transacción y que generalmente también reduce la posible pena –de no darse esta última posibilidad no se aceptaría, pues se podría

791. Así por ejemplo de DOELDER: «The possibility of transaction has shown its benefits. Nowadays almost as many criminal offences are settled by a transaction, as are decided by a criminal judge in court. In this way the workload for the criminal courts is greatly reduced» de DOELDER, Hans, «The Public Prosecution Service in the Netherlands», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8, issue 3, 2000, *op. cit.*, pg. 201.

792. Ver «Economisch strafrecht» («Delitos económicos») KEULEN, B. F., pg. 246; edi. Gouda Quint, Arnhem, 1995. Se trata sin duda del mayor riesgo de la justicia negociada. Un interesante estudio que recoge la regulación española en este aspecto comparándola con la de otros países puede encontrarse en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada experiencias de derecho comparado*, Universidad de Salamanca, 1997. Y en concreto sobre el derecho español muy interesante resulta FAIRÉN GUILLÉN, V., «Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley 28 de diciembre de 1988», *Justicia*, 1989 núm. 1. Autor que en todo caso se ha mostrado en contra de la asunción de la investigación penal por parte del MP allí donde exista una dependencia del Ejecutivo, el cual es el caso de Holanda, y a juicio de este mismo autor, también el de España. FAIRÉN GUILLÉN, V., «Imagen preliminar y fragmentaria de la Reforma Procesal Penal a fines de 1991», *Revista de Derecho Procesal*, 1992, pg. 14.

aspirar a un juez más benevolente que el fiscal—, existe la negociación del fiscal con la defensa del imputado para la reducción de cargos si se reconoce su culpabilidad en los hechos. La diferencia entre ambos reside en que si bien la transacción está pensada para delitos económicos que puedan ser reestablecidos por el pago de una «multa», en este supuesto el acuerdo entre fiscal e imputado está dirigido a delitos de prisión incondicional donde la situación más favorable se reduce a una disminución de la pena de prisión. Está especialmente concebido para lucha contra el crimen organizado. Creado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁹³ y ante las dudas que suscitó, el parlamento decidió introducir una investigación preliminar en la que un juez instructor examina a los testigos, para poder apreciar si el acuerdo obtenido por el Fiscal es lícito⁷⁹⁴. Si ello es así, dicho acuerdo se convierte en legalmente vinculante. Cabe comentar que esta medida, que adolece de menor tradición que las anteriores, ha generado abundante polémica en la doctrina holandesa. La discusión se centra especialmente en el hecho de que, tanto si existe una investigación preliminar realizada por un juez, o es durante la vista cuando el Fiscal propone el acuerdo⁷⁹⁵, éste se obtiene de forma privada entre el Fiscal y el acusado⁷⁹⁶. En este sentido, se han venido dictando importantes «*Guide Lines*» por parte del Consejo de Fiscales Generales, que establecen las condiciones y procedimientos en los que cabe implementar el «*plea bargaining*»⁷⁹⁷.

Antes de abordar la última alternativa, es necesario señalar que, en algunos supuestos, puede abrirse una investigación judicial propiamente dicha; fuera de estos casos no resulta necesario que el juez intervenga de ningún modo en esta fase del procedimiento. Se abre a instancias del Fiscal, cuando estima necesaria la intervención judicial en el curso de esta fase del proceso penal (arts. 149 y 181

793. Así por ejemplo las STS de 15 de febrero de 1994 (núm. 322 1994) o la de 30 de junio de 1998 (núm. 799 de 1998) en la *Nederlandse Jurisprudentie*.

794. Documentos Parlamentarios II 1998-1999 índice 26294, núm. 3, pg. 9, que dieron como resultado la promulgación de la «Ley sobre la Revisión de la investigación preliminar» (*Wet herziening gerechtelijk vooronderzoek*), que entró en vigor el 1 de febrero de 2000.

795. En este caso el juez sentenciador no se encuentra vinculado por la petición del Fiscal, quien de forma razonada puede solicitarle que mantenga formalmente otra acusación. Documentos Parlamentarios II, 26294, núm. 8.

796. Ver HILDEBRANT, M., KAMPEN, P. T. C. VAN, y NIJBOER, J. F., *Plea bargaining in Holland*, ed. Gouda Quint, Arnhem, 1994.

797. Por ejemplo, siguen teniendo especial relevancia por su amplitud las dictadas en 1997 y publicadas en el *Staatscourant* (Boletín del Gobierno) de 27 de marzo de 1997, núm. 61.

CPC)⁷⁹⁸. Como siempre que los derechos fundamentales están en juego, dada la trascendencia de las medidas coercitivas adoptar, se requiere la autorización de un Juez de Garantías para actuar (*rechter-commissaris*) e incluso su propia presencia –en el caso por ejemplo de los registros domiciliarios– si bien el TS aceptó la sustitución de la presencia física del juez, tanto por la de los fiscales como por la policía judicial, teniendo en cuenta que el juez puede ser localizado en todo momento e informado en todo momento mediante «*medios modernos de telecomunicación*»⁷⁹⁹. Por ejemplo, para la detención de un imputado de manera cautelar hasta un período máximo de diez días [arts. 63 a) y 64 CPC] o para ordenar escuchas telefónicas [art. 125 f) a 125 h) CPC]. «En la práctica, sin embargo, dicho juez no suele tener que tomar muchas decisiones relativas al caso. En la mayoría de los casos, el juez librará una autorización a instancias del Fiscal para llevar a cabo ciertas medidas»⁸⁰⁰. Pero no sólo eso. Una vez abierta la investigación judicial a petición del fiscal, el Juez de Garantías queda investido de la misma autoridad que el Ministerio Público sobre la misma, si bien bajo el presupuesto de la iniciativa del fiscal, que puede dictar órdenes a la policía judicial para que realicen nuevos actos de investigación⁸⁰¹. Situación que, de todos modos, no obsta para que el fiscal continúe por su cuenta la investigación de los hechos en caso de que el juez decida investigar determinadas circunstancias ante la apertura de la instrucción, por ejemplo, en el supuesto mencionado anteriormente de un «*plea bargaining*» (art. 149, 177, 182 CPC). Nos estamos refiriendo a la

798. Artículo 149 CPC: «*When the public prosecutor has obtained knowledge of a criminal offence for which he is appointed prosecutor, he sets up the necessary criminal investigation and orders, when there are reasons for it, that a preliminary inquiry be set up*».

Artículo 181 CPC: «*1. When the public prosecutor, in accordance with the provision of article 149 with regard to a criminal offence, thinks a preliminary inquiry is necessary he will demand that this be started by the examining magistrate without delay.*

2. In the claim the offence will be described as accurately as is possible at that stage of the case. 3. The claim identifies the suspect, or when the suspect will only be known later, an immediate further claim will be submitted».

799. Gaceta Nederlandse Jurisprudentie; núm. 127 de 1989, St. de 8 de noviembre de 1988. Sorprende desde luego la prontitud en aceptar semejante cuestión considerando que los modernos medios de telecomunicación eran muy escasos en comparación a hoy en día.

800. NOORDHOEK, Eric Willen, «Holanda», en *Sistemas del Proceso Penal en Europa*, pg. 197, edi. Cedecs, Barcelona, 1998.

801. Artículo 177 CPC: «*1. The examining magistrate can, with as much mediation as possible from the public prosecutor, in the interest of the research, commission an investigation and give orders to the officials mentioned in article 141, under b) and c,) and to people, mentioned in article 142, first paragraph.*

2. The examining magistrate has equal authority (competence) as that conferred on the public prosecution service in article 147».

llamada «*investigación paralela*». En cualquier caso, el fiscal está obligado a informar al juez de sus acciones, para que no frustren las investigaciones realizadas por el juez⁸⁰².

Como ha señalado la doctrina, el papel asignado al Juez de Garantías se ha ido sin embargo debilitando progresivamente. Con motivo de la adopción de leyes especiales sobre determinados delitos (por ejemplo, la *Opiumwet* de 2002⁸⁰³) se fueron otorgando más poderes investigadores al fiscal para la adquisición de pruebas. La Ley de Revisión de la Investigación preliminar (*Wet herzienening gerechtelijk*, ya mencionada) se hizo eco de esta tendencia y, por templo, eliminó su propio precepto en el que se establecía el requisito general de autorización judicial para la confiscación de bienes. Tal y como había hecho el «*Opiumwet*» para el caso concreto de la aprensión de bienes situados dentro de los «*coffeshops*».

- iv) El envío de la causa al juzgado (o inicio de la fase oral): Cuando un proceso no finaliza mediante las actuaciones del fiscal por ninguno de tres medios previstos anteriormente reseñados, exista o no una investigación judicial, el fiscal envía la causa al juez y comienza la fase oral. El fiscal deberá remitir al juez su propia investigación o sumario y la investigación judicial si la hubiere.

Todas estas actuaciones a de llevarlas a cabo el fiscal salvaguardando su imparcialidad. Principio que, en el sistema holandés, no tiene un contenido tan estricto como en el caso español. Si la imparcialidad en el caso español guarda una íntima relación con el principio de legalidad, es decir, observar la legalidad con imparcialidad –y desde el punto de vista orgánico en su pretendida pertenencia al Poder Judicial–, en el caso holandés, parece más cuestionable que pueda preservarse la imparcialidad cuando el fiscal ha de asumir decisiones discrecionales en base a criterios, cuanto menos, formalmente más difusos y materialmente más numerosos. No es lo mismo tener

802. En todo caso, en esta investigación paralela el juez no produce un informe personal ni establece ningún tipo de conclusiones sobre la misma, sino más bien se trata de una función dirigir y recoger nueva información sumarial. Además, «el Juez de Instrucción, igual que el Fiscal, está sometido a una importante presión institucional para que investigue las peticiones de la defensa y busque pruebas relevantes de descargo. El rechazo de una sugerencia de la defensa de búsqueda de pruebas, podrá generar un recurso ante la sala durante el juicio oral, retornando las investigaciones al juez en caso de que el Tribunal considere que se han obviado ciertos medios de prueba». FIELD, Stewart; ALLRIDGE, Peter and JÖRG, Nico, «Prosecutors, Examining Judges and Control of Police Investigations», en *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil FENNEL, Bert SWART, Nico JÖRN, Christopher HARDING, Clarendon Press, Oxford, 1995.

803. O *Opium Act*, de la que existe una traducción oficial al inglés. *Staatsblad* (Boletín Oficial) 2002, núm. 623.

que aplicar la legalidad «únicamente» con imparcialidad, que tener que aplicar además con objetividad el programa político diseñado por el Consejo de Fiscales Generales y el Gobierno en materia de política criminal⁸⁰⁴. Es en esta cuestión donde radica la gran diferencia entre ambos sistemas⁸⁰⁵.

804. Problemática relevante y muy presente en la doctrina holandesa, cuestión a la que se han dedicado numerosos estudios. Entre los más consultados en este trabajo y más recientes, podemos citar: RUYVER de, Brice; Vander BEKEN Tom y VERMEULEN Gert, «*The Desiderability of Legally Regulationing the Proactive Phase*»; autores que plantean la posibilidad de integrar dentro del Código de Procedimiento Criminal, la regulación de la actividad proactiva de la policía y la búsqueda del equilibrio entre la necesidad de un sistema eficaz y eficiente de implementación de la legislación penal y el respeto fundamental a la necesaria protección legal y del «rule of law». Y ASBECK, Feico van, «Regulating Special Investigative Methods: National and International Requirements», que centrándose en la situación holandesa, plantea si los métodos de investigación especiales, deben estar basados en legislación, en las «guide lines» o en los «case law». Ambos estudios en *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, DEN BOER, Monica, European Institute of Public Administration, 1997.
805. Nos gustaría subrayar asimismo alguna otra competencia adicional del Fiscal holandés, fuera ya de esta fase del procedimiento, que demuestra su verdadero dominio del proceso penal en todas sus fases. Como ya se ha resaltado, el fiscal holandés tiene reconocido un absoluto monopolio de la acción penal y la única excepción se encuentra en los delitos menores, sólo perseguibles a instancia de parte, que por cierto son escasos en el Derecho Penal holandés. Véanse los arts. 245 y 273 de su CP. Por tanto, el fiscal holandés asume la única acusación personal en la causa, y habiendo sido el máximo responsable de la investigación de los hechos, el juez se encuentra estrechamente vinculado a su petición. Pero es que además, la institución posee mecanismos formales para afectar a la posible sentencia del juez. El art. 359 Párr. 5 del CPC permite que el fiscal, en el caso de que un mismo imputado lo sea por diferentes delitos, promueva la acusación sólo para el mayor de los delitos que se le imputan. El resto de los delitos –que han de ser de la misma naturaleza y de menor gravedad– podrán ser tomados en cuenta por el juez *ad informandum* para la sentencia, pero no juzgados y castigados en ella. Pues bien, el Tribunal Supremo consideró en su Sentencia de 13 de febrero de 1979 –*Nederlandse Jurisprudentie*, No. 243 1979–, que podía asumirse que los hechos añadidos *ad informandum* no sean perseguidos en el futuro. Para llevar a cabo estas actuaciones, deberá mediar el consentimiento del imputado y deberán ser probados los hechos *ad informandum*. Lo que no es difícil, puesto que, mediante este procedimiento, lo que se pretende es agilizar el proceso y reducir la posible condena, propiciando que medie una confesión de culpabilidad sobre estos delitos. Es evidente que, con esta actuación, el fiscal afecta al proceso de forma determinante, al menos desde dos perspectivas: i) Impide la persecución de determinadas ofensas, al considerarlas como informaciones añadidas a un delito; ii) fuerza a una sentencia referida a un único delito y, necesariamente, la pena habrá de ser menor. En la misma tónica, es el fiscal quien decide si persigue este conjunto de delitos siguiendo este procedimiento o de forma separada. Posibilidad que siempre está abierta. Pero aparte de esta influencia directa en la sentencia, el fiscal ejerce también una influencia indirecta en la sentencia a dictar por el juez, no menos poderosa. El fiscal tiene la obligación durante la vista y en todos los casos, de recomendar al juez una sentencia. El alcance que tenga la recomendación del fiscal, dependerá del respeto que le merezca al juez dicho fiscal, así como de su apreciación de la petición. En la práctica la influencia es tal que, en la mayoría de los casos juzgados, la sentencia es fruto de un acuerdo entrenabas autoridades. Pues «aunque el juez nunca está obligado por la petición –o recomendación– del fiscal, generalmente los jueces consideran seriamente las sugerencias de los fiscales, y por lo tanto los fiscales tienen un enorme impacto en la política

No obstante, la aplicación por parte del fiscal de determinados instrumentos jurídicos como son las «*Guide Lines*», cuya aprobación y ejecución derivan en una exigencia de responsabilidad política que afecta al máximo órgano del Ministerio Público, pero sobre todo al Ministro de Justicia –sería impensable que la aplicación imparcial de la ley derivase en responsabilidad política–, impide predicar de la actividad del fiscal holandés la imparcialidad formal que se presume del fiscal en el sistema español. Sin embargo, no cabe excluir de dicha calificación la actitud personal y la actividad material imparcial por parte del Fiscal holandés en el desarrollo de sus funciones.

El fiscal holandés, igual que el italiano y el español, ha de aplicar la legalidad correspondiente con la máxima objetividad. Y es más, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto y como tendremos asimismo ocasión de resaltar, las reformas recientes en el seno del Ministerio Público holandés, significan haber realizado precisamente un gran esfuerzo para lograr una unidad de respuesta colectiva que busca reflejar una uniformidad de criterios en la aplicación de la legalidad y en sus resultados⁸⁰⁶. Hechos que son los que, en

sentenciadora del juez. Los cambios en la política sentenciadora, ya sean de reducción o expansionistas, pueden no obstante ser ejercidos e implementados en Holanda por los fiscales, y los ímpetus por semejantes cambios pueden perfectamente provenir de los fiscales más que de los propios jueces». FIONDA, Julia, *Public Prosecutors and Discretion. A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pg. 104. Incluso se pueden encontrar opiniones que afirman que no es previsible que se registren cambios de política criminal, a no ser que el Fiscal modifique o mantenga diferentes actitudes frente a la aplicación de determinadas penas –Así, cabe citar por ejemplo a Van DUYN: «the wide power wielded by the Dutch prosecutor... make(s) clear that this institution is the only channel through which a criminal policy can be formulated and executed»– DUYN, P. van, «Simple Decision Making», pg. 145, en *The Psychology of Sentencing*, editores Pennington D. C. y Lloyd-Bostock S., Oxford, Press, 1987–. Por último, no hay que olvidar que, finalmente, el fiscal tiene atribuida la competencia de ejecución de las sentencias, siendo además una de sus más importantes misiones, enunciada y reconocida en diversos preceptos legales [arts. 14 d), 14 h), 15ª.2 CPP *in fine*] Así se enuncia claramente en su propia página Web: www.om.nl. Una de las cuestiones que pueden reseñarse al respecto, es la visión «judicial» que sin duda también caracteriza a la institución del MP holandés. Si en algunos aspectos, dado su papel investigador, su contacto con las autoridades políticas tanto locales como nacionales, su participación en el diseño de la política criminal, refuerza su carácter administrativo, en este caso sucede todo lo contrario. El corporativismo entre jueces y fiscales, fruto sin duda de su idéntica formación y el habitual intercambio de funciones a lo largo de la carrera, junto a la posición fundamental del MP en el proceso, aparecen ligados a su carácter de órgano judicial defensor de la legalidad.

806. Queremos resaltar aquí una de las novedades más recientes dentro del MP holandés en busca de reforzar su unidad. En su página web –www.om.nl–, precisamente dentro de las «*Beleid regels*», puede encontrarse lo que se ha dado en llamar el «*BOS Polaris Richtlijnen voor strafvordering*». La palabra *BOS* (*Beslissing Ondersteunend Systeem*) –literalmente Sistema de motivación de las decisiones– hace referencia al programa informático mediante el cual se facilita a los Fiscales la forma y contenido con el que deben motivar o sustentar sus resoluciones. Este sistema está basado a su vez en las «*Richtlijnen voor strafvordering*» –literalmente Directrices para el proceso penal–. Se trata de un sistema de «formularios» o «protocolos» que incluyen las «*Guide lines*»

puridad, permiten calificar de imparcial a la acción del Ministerio Público en general y de sus fiscales en particular. Por otra parte y como analizaremos a continuación, poco tienen que ver algunas construcciones doctrinales españolas e italianas que asocian la imparcialidad del fiscal a su independencia, siendo muchas las argumentaciones que justifican, de este modo, la necesaria existencia del Juez de Instrucción español, figura a la que se le supone una mayor imparcialidad que al fiscal, por el hecho de ser independiente. En base a esta misma argumentación, se ha venido justificando la independencia del MP italiano y la personalización de funciones en su seno.

Por último, en cuanto al control al fiscal, ya lo hemos mencionado en un epígrafe anterior (apartado I de este mismo capítulo tercero); a él nos remitimos.

2. EL FISCAL EN EL PROCESO ITALIANO. UN FISCAL INDEPENDIENTE

El viejo proceso penal italiano tenía la peculiaridad de que reconocía la existencia de dos instrucciones paralelas, la «*istruzione formale*», de la que se encargaba el Juez de Instrucción y la «*istruzione sommaria*»⁸⁰⁷, de la que era titular el fiscal y cuyos resultados eran utilizables del mismo modo que lo era la instrucción del juez. Con independencia del posible carácter antidemocrático de este tipo de proceso, hay que destacar que el Ministerio Público italiano tiene una larga tradición como director de la investigación penal. Bajo

dictadas, y que ha sido concebido como un método de respuesta estandarizado ante casos tipo. El fiscal, en caso de que decida separarse de las mismas debe motivar las circunstancias que le llevan a ello. Por cierto que el *software* que manejan los fiscales es descargable y por tanto público. De este modo, introduciendo en el programa un determinado comportamiento delictivo, cualquier ciudadano puede conocer, según la tipología de los delitos, el tipo de resolución de la Fiscalía que puede esperar. Como señala el MP en su propia página web: «Es el fiscal quien debe llevar a los imputados ante juez y quien debe solicitar una resolución penal adecuada. Y ante hechos punibles y conductas equiparables, ¿cómo determina un fiscal cual resolución sería la más adecuada? Y, ¿cómo se asegura un fiscal de que un imputado en Middelburg recibe la misma condena que un imputado en Groningen? En ocho de cada diez casos de lo que se califica como "la delincuencia común", el fiscal aplica directrices especiales (las directivas Polaris) que son secundadas por un software que se llamado BOS (Sistema de motivación de decisiones)...». Pero también la creación de una Fiscalía Nacional –que veremos al analizar la organización del MP holandés– o del mismo Consejo de Fiscales Generales almacenan en su origen esta misma pretensión.

807. Hoy en día el término «*istruzione*» aparece únicamente referido a la «*istruzione dibattimentale*» (art. 495 CPP) y pretende indicar la práctica de las pruebas durante la fase oral del juicio. Es decir, está muy alejado del término anterior y de la acepción española.

el antiguo Código incluso podía el fiscal, por ejemplo, dictar órdenes de captura con efectos idénticos a los mandatos dictados con dicha finalidad por un Juez de Instrucción⁸⁰⁸.

Actualmente, y como corresponde a quien tiene verdadero poder jurisdiccional⁸⁰⁹, sólo el «*giudice per le indagini preliminari*» (g.i.p. en la abreviatura italiana), puede decretar las medidas cautelares de efectos duraderos, no obstante siempre «*su richiesta*» (a petición) del Fiscal –art. 291 *Codice di Procedura Penale*– (en adelante CPP)⁸¹⁰.

El proceso penal italiano, de modo similar al español, consta de tres fases: la fase preliminar o de «*indagini preliminari*», que tiene como principales actores al fiscal y al g.i.p. o *giudice per le indagini preliminari*; la fase intermedia o de «*udienze preliminari*» con la participación del g.u.p. o «*giudice per la udienza preliminare*» y del fiscal, que es quien presenta la solicitud de apertura del juicio oral; y la fase oral o «*dibattimento*» donde el fiscal sostiene la acusación. En este punto, nos interesa fundamentalmente detenernos en la primera fase.

Así, en esta primera fase, el Ministerio Público y la Policía judicial son quienes «*realizan, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, las investigaciones*

808. CHIAVARIO, Mario, «El Ministerio Público en Italia como responsable de la investigación preliminar», en *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, AA VV, GIMENO SENDRA, V., Director, Iustel, 2006, pg. 107.

809. Cabe precisar esta cuestión. El MP italiano es también una autoridad judicial, tal como lo califica el propio CPP italiano en numerosos artículos (arts. 246 y ss.). Lo mismo puede decirse, con matices, del MP holandés. Lo que no tienen en ningún caso, es poder jurisdiccional. Esto es, poder de «*determinar el derecho aplicable*». Tener «*rechtspraak*» como se explicaba de este trabajo. Y en todo caso, «*la función instrumental que connota la investigación debería caracterizar la fase procesal en la que esta se desarrolla como una fase no necesitada de jurisdicción*». FERRAJOLI, Marzia, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Cedam, Padova, 1993, pg. 79.

810. Con respecto a las medidas cautelares, el art. 291.1 CPP establece lo siguiente: «*Las medidas serán establecidas a petición del ministerio público, que presentará al juez competente los elementos sobre los que se funda la petición, así como todos los elementos a favor del imputado y las eventuales deducciones y memorias defensivas ya depositadas*». He aquí una diferencia esencial con el proceso acusatorio formal –donde no todas las medidas cautelares han de instarse por la fiscalía– lo que lleva a considerar, como señala CHIAVARIO, M. y sostiene gran parte de la doctrina italiana, que el Ministerio Fiscal es parte del proceso, en coherencia con la consideración de la «*previsión de su participación necesaria en la fase de juicio en posición de contradictor natural del acusado*». «*El Ministerio Público en Italia...*» (pg. 107). Y ello es aún más claro tras las reformas recientes del CPP donde el fiscal ha perdido ciertos poderes que corrían paralelos a los de un clásico Juez de Instrucción. El proceso ha ganado en contradicción y se ha reforzado el principio acusatorio reduciendo las competencias del fiscal sobre la aprobación de medidas cautelares. Aunque, como veremos, conserva todavía bastantes poderes. Aún así, este es otro de los motivos, unido al hecho de su independencia, que ha llevado a algunos autores españoles a sostener la invalidez del modelo italiano por representar a ese «*mismo perro con distinto collar*» que el actual Juez de Instrucción español. En este sentido, cabe citar a CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación...», *op. cit.*, pg. 21.

necesarias para determinar los elementos inherentes al ejercicio de la acción penal» (art. 326 CPP). Para ello, el Ministerio Público, en calidad de director y responsable de las investigaciones preliminares, *«realiza toda la actividad necesaria a los fines del artículo 326 y realiza también la inspección sobre los hechos y circunstancias a favor de la persona sometida a investigación»* (art. 358 titulado «Actividad de investigación del ministerio público»)⁸¹¹. Con tal fin, además *«dispone directamente de la policía judicial que, aún después de la comunicación de la noticia del delito, continúa desarrollando actividades por iniciativa propia del modo que indican los artículos sucesivos»* (art. 327 CPP)⁸¹². A ello hay que añadir la posibilidad del fiscal de delegar en la policía la realización de un gran número de actos, entre los que destacan, por ejemplo, determinado tipo de interrogatorios (art. 370 CPP)⁸¹³. En contrapartida, la policía, ante un hecho delictivo tiene la obligación de informar «sin demora» al MP y por escrito, de sus elementos esenciales y demás supuestos recogidos indicando además *«las fuentes de la prueba y las actividades realizadas, sobre las cuales deberá remitirse la documentación relativa a las mismas»* (art. 347 CPP)⁸¹⁴. Como señala CHIAVA-

811. Hay que hacer notar que este artículo, además de contener una habilitación general de actuación del MP «que permite dibujar un panorama de actos de investigación de forma libre» (CHIAVARIO, M., «El Ministerio Público en Italia...», *op. cit.*, pg. 115), mantiene el respeto por las normas de tutela de los derechos y libertades fundamentales al establecer la obligación de la búsqueda de pruebas de descargo del imputado, que también recoge el art. 291 asimismo citado. Ello ha servido en gran medida a la doctrina española e italiana para argumentar la posición imparcial del fiscal en el proceso y descartar su posición formal y material de parte, negando lo que, en los términos de CHIAVARIO, se sostenía en la nota anterior. Frente a la posición procesal de contradictor natural, predomina en esta posición doctrinal su papel de defensor imparcial de la legalidad, negando su papel de parte. No estamos de acuerdo. A lo que ya se ha dicho a este respecto, añadiremos más tarde alguna cuestión adicional. Nuestra opinión sostiene la compatibilidad con su posición de parte y la imparcialidad que, por ejemplo, predica la CE. sobre la actuación del MF.
812. Las actividades que puede realizar la policía judicial por iniciativa propia se encuentran recogidas en los arts. 347 CPP. a 357 CPP. Actividades que han ido incrementando la capacidad de la policía judicial a partir de las modificaciones que ha ido sufriendo el texto original del Código italiano, entre ellas, las introducidas recientemente por el «*Testo del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (in Gazzetta Ufficiale –serie generale– n. 122 del 26 maggio 2008), coordinato con la legge di conversione 24 luglio 2008, n. 125 (in questa stessa Gazzetta Ufficiale alla pg. 6), «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica»;* y entre las que destaca el art. 353 sobre el secuestro de paquetes por razones de aseguramiento de la prueba.
813. Art. 370 CPP: «*Actos directos y actos delegados. 1. El ministerio público cumplimenta personalmente toda actividad de investigación. Puede valerse de la policía judicial para el cumplimiento de actividades de investigación y de actos especialmente delegados, incluidos los interrogatorios y los careos en los que participe la persona investigada que se encuentre en estado de libertad, con la necesaria asistencia del defensor.*».
814. Sólo se establece un plazo concreto de información al fiscal para aquellos actos que hayan de realizarse con la presencia del defensor (art. 366 CPP), que es de 48 horas. (art. 347.2 bis). Si a ello se suman las actividades por iniciativa propia, que pueden incluso continuarse después de que el fiscal haya asumido la investigación, cabe concluir que, tras las reformas realizadas, se han producido atenuaciones profundas en «la relación de supremacía del Ministerio Público en lo que concierne a las

RIO, la investidura de la función de conducción de las investigaciones preliminares, atribuida al MP «aparece estrechamente ligada a la del titular de la acción penal y a la que, en las determinaciones previstas, está precisamente orientada, dando vida, en definitiva, a los actos que reflejan la opción entre el ejercicio y no ejercicio de la acción (art. 405 CPP)»⁸¹⁵.

Finalmente entre los poderes y actuaciones que puede desarrollar el Ministerio Público en el curso de esta fase, encontramos:

- Escuchar al imputado (art. 364 CPP);
- Dar audiencia a las personas que puedan tener información sobre los hechos y que, posteriormente, habrán de ser testigos en el proceso (art. 362);
- Realizar verificaciones o comprobaciones técnicas urgentes (*accertamenti tecnici*) sobre lugares, objetos y personas, que puedan ser susceptibles de modificación posterior en cuanto a su calificación en el proceso (art. 360 CPP);
- Solicitar la participación de personas que tengan información sobre los hechos para que reconozcan objetos o sujetos (art. 361 CPP);
- Acordar registros, pesquisas o secuestros (arts. 364 CPP, 352, 353.3 y 254 CPP);
- Solicitar al g.p.i. que autorice la intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 267 en relación con el art. 600 ter, 3 CPP)⁸¹⁶ y otras medidas cautelares.

Por su parte, el g.i.p.o. Juez de Investigaciones Preliminares actuará, «*en los casos previstos por la ley, a petición del Ministerio Público, de las partes privadas o de la persona ofendida por el delito*» (art. 328 CPP).

El g.i.p. italiano, como verdadero juez de garantías, posee competencias

actividades que ésta puede realizar durante todo el curso de la investigación». CHIAVARIO, M., «El Ministerio Público en Italia ...», *op. cit.*, pg. 115. Una reflexión doctrinal interesante a este respecto y que relaciona ambas cuestiones es la que pone de relieve precisamente «que la reforma haya de hecho entendido que se debe contraponer la fase de investigación, dirigida por el Ministerio Público, a la fase jurisdiccional, dominada por la presencia del juez, cuestión que se demuestra también por la nueva dimensión asumida, dentro del sistema, por la policía judicial, elevada del rol de órgano meramente ejecutivo, al rango de sujeto autónomo del procedimiento penal y, que aunque sea únicamente en los límites de sus atribuciones propias, se muestra como actor aún más principal que el propio Ministerio Público». FERRAJOLI, Marzia, *Il ruolo di «garante» del giudice...*, *op. cit.*, pg. 80.

815. CHIAVARIO, M., «El Ministerio Público en Italia...», *op. cit.*, pg. 114.

816. No será necesaria la autorización previa para el caso de escuchas urgentes en los delitos de terrorismo y de criminalidad organizada (DL 374/2001 y Ley 34/2003 de 14 de febrero).

fundamentales⁸¹⁷. La primera, por supuesto, es la que verdaderamente le define. Decide sobre la imposición de las medidas cautelares –en definitiva, todas aquellas limitativas de los derechos fundamentales⁸¹⁸– sobre el sujeto sometido a investigación en el caso de que el Ministerio Público lo solicite⁸¹⁹, ejerciendo la función esencial de garantizar el respeto de los derechos fundamentales del imputado. Por ejemplo, a través de la determinación de proporcionalidad de las medidas, elemento de juicio fundamental y básico consustancial a estos actos.

Una segunda competencia, en virtud de la misma función de garantizar los derechos del imputado, es la decisión sobre la prórroga del plazo de las investigaciones. Muy similares son los plazos aplicables al caso español. Existe un plazo general de seis meses (art. 405.2 CPP) y una prórroga de otros seis por motivos generales «*de justa causa*» que debe solicitarse y motivarse por parte del fiscal antes de la caducidad del período anterior (406.1 CPP). Además, para los «*casos de particular complejidad*» puede el fiscal solicitar una nueva prórroga de otros seis meses (art. 406.2 CPP). Y por tanto, de un total de 18 meses. Y en último caso, las indagaciones preliminares pueden alcanzar una duración máxima de dos años (art. 407.2 CPP)⁸²⁰, en concreto para los

817. Que aunque lo hayamos dividido en tres, atendiendo a las funciones concretas encomendadas a dicha institución, pueden englobarse en dos vertientes fundamentales: la función de control –sobre esta fase en concreto y muy especialmente sobre el fiscal– y la función de garante de los Derechos Fundamentales. Así lo distingue por ejemplo, FERRAJOLI, Marzia, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, CEDAM, 1993.

818. El CPP dedica el Libro IV expresamente a las «Medidas Cautelares», dividiéndolas en Personales (Tít. I, arts. 272-315) y Reales (Tít. II, arts. 316-325). Al contrario que en la LECrim española, quedan además perfectamente diferenciadas de los «Medios de búsqueda de la prueba» (Libro III, «Prueba», Tít. III, arts. 244-271) que responden a los actos típicos de la fase de investigación y que son, por definición, irrepetibles (inspecciones, registros, secuestros) y que cuando tienen carácter limitativo de los Derechos Fundamentales, tales como las escuchas telefónicas o cualquier otra forma de comunicación telemática (art. 266), requieren la autorización del g.i.p. (art. 267). Estas medidas están, por cierto, reguladas asimismo de forma independiente, aunque se remitirá a ellas, de las «Indagaciones Preliminares» (Libro V arts. 326-415 bis) y de la «Actividad del Ministerio Público» que puede realizar en esta fase (Tít. V, arts. 358-378). Una completa exposición de sus funciones en esta cuestión puede encontrarse en GIARDA, Angelo, «Poteri cautelari del pubblico ministero e controllo giurisdizionale», *Riv. Arch. Pen.*, 1995.

819. Aunque poco o nada tiene que ver con la cuestión de a quien se atribuye la instrucción, el hecho de que el proceso italiano atribuya el monopolio de la acción penal al MP, introduce una diferencia fundamental con el proceso español, pues el Magistrado español no estará condicionado a la petición del fiscal, pudiendo tomar en cuenta la petición de las otras partes acusadoras si las hubiere. Ello supone la atribución de un poder y control «extra» sobre el proceso en el caso del fiscal italiano. Sobre esta cuestión en el derecho italiano puede verse DINACCI, F. R., «Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale», *Riv. Cass. Pen.*, 1991.

820. Salvando las distancias, ya que el fiscal español no es el director o responsable del sumario, merece la pena subrayar la modificaciones que ha realizado la Ley 24/

delitos contemplados en los arts. 285, 286, 416 bis y 422 del Código Penal entre otros [art. 407.2 a).1)] previéndose también otros delitos en los apartados siguientes, además de la tipificación de otros delitos «*especiales*»⁸²¹.

2007 al respecto, ampliando el plazo de las diligencias de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada a doce meses, sin perjuicio de prórroga acordada por Decreto motivado del Fiscal General (art. 5.2 EOMF en relación con el art. 19.4). El diputado Astarloa Mendicuti, argumentaba en los debates parlamentarios correspondientes y refiriéndose a esta reforma, en los significativos términos siguientes: «No quiero dejar de mencionar una tercera y muy evidente demostración de esto que he llamado la progresiva politización [del Ministerio Fiscal], muy seria y muy grave. La Fiscalía Anticorrupción es según ustedes, señores de la mayoría, la única cuyo plazo máximo de diligencias de investigación se debe ampliar de seis a doce meses, de acuerdo con el art. 5. Lo que se propone es una investigación ralentizada, fijada con carácter exclusivo para uno de los órganos del Ministerio Fiscal, que en manos del señor CONDE-PUMPIDO se ha revelado como un instrumento de contienda político electoral y son imaginables –y ustedes lo saben muy bien– otros delitos mucho más graves, piensen en el terrorismo o en el tráfico de drogas a gran escala que, sin embargo, para ustedes no merecen la consideración que en este momento le dan a la Fiscalía Anticorrupción, por las razones que ustedes tengan. Lo cierto es que la prolongación en el tiempo más allá de lo indispensable de la investigación de la Fiscalía Anticorrupción, supone una importante e incontrolada merma de los derechos del ciudadano investigado en los términos en los que en la actualidad se desarrolla. Tengo que añadir que dan un salto cualitativo, incluyendo ahora en el art. 4.5 la obligación de los particulares de atender y comparecer ante la fiscalía. Eso es lo que ustedes están diseñando. Alguno podría pensar que están trabajando para prejuzgar allí donde quieren llegar, que es que finalmente se le conceda la instrucción al Ministerio Fiscal... En la práctica se avanza hacia la instrucción, el incremento de la investigación por la fiscalía sin incorporar ni una sola de las garantías que durante este tiempo deben tener los ciudadanos, entre otras cosas porque ni siquiera aparece aquí la figura del juez protector de los derechos fundamentales de los ciudadanos». Cortes Generales.; Comisión de Justicia, Sesión 45, 9 de mayo 2007. Diario de Sesiones 824. Se pone de manifiesto, es lo que CRESPO BARQUERO ha denominado «*la historia de una desconfianza*» hacia la investigación penal por parte del Ministerio Fiscal. Y en aras de equilibrar la balanza en cuanto a manifestaciones políticas, cabe hacer notar que, para CRESPO BARQUERO, la reforma operada por la Ley 14/2003, que establecía el plazo fijo de las investigaciones a 6 meses, «se cargó directamente las diligencias de investigación del Ministerio Público»; señalando dicho autor que esta actitud y cambio normativo «no tuvo su génesis en el desconocimiento del Derecho [confusión entre la instrucción por parte del juez y la investigación del fiscal] sino en el interés –confesado sin rubor, por cierto– de un sector de la clase política en poner freno a la actuación incontrolada del fiscal, y más concretamente de la Fiscalía Anticorrupción. Al parecer, ésta andaba demasiado ocupada –gracias a la flexibilidad normativa reinante– en determinados asuntos que personalmente venían afectando a determinados próceres del país, cuya sólida convicción de inocencia no excluía, por si acaso, una clara preferencia por la figura del Juez de Instrucción, que –quizá no tenga nada que ver, quién sabe– es siempre uno, está solo y tiene muchas otras ocupaciones, por lo que generalmente resulta más vulnerable, en todos los sentidos, que el "aparato" de toda una Fiscalía especializada y asistida por solventes unidades adscritas de especialistas en materia financiera, fiscal y contable». CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación...», *op. cit.*, pg. 12. Como puede observarse, los distintos y antagónicos puntos de vista expuestos, son desde luego son un caldo de cultivo perfecto para la polémica.

821. Entre otros delitos contra la seguridad del Estado, por supuesto de «*asociación de tipo mafioso*», pero también referidos al homicidio o la «*rapiña*». Entre los delitos especiales se encuentran los arts. 291 ter en su versión agravada, establecida en los puntos

La tercera de las competencias atribuidas al MP italiano, se refiere a su facultad de petición de archivar el procedimiento. Finalizadas las investigaciones, el fiscal italiano tiene dos opciones⁸²²:

- Enviar la «*Richiesta di rinvio a giudizio*» (solicitud de remisión a juicio) (art. 416 CPP);
- Solicitar la «*richiesta di archiviazione per la infondatezza della notizia di reato*» (art. 408 CPP): la decisión corresponde acordarla al g.i.p. mediante el «*decreto di archiviazione*», que deberá estar motivado (art. 409.1) en caso de aceptarla. Pero también puede el g.i.p. oponerse a la solicitud, fijando audiencia en sala, donde oirá al fiscal, al imputado y al ofendido por el delito, dando notificación también al fiscal del tribunal de apelación (art. 409.3 CPP).

Al término de la audiencia, si el juez continúa sin aceptar el archivo de la causa podrá ordenar:

- Nuevas investigaciones (art. 409.4 CPP), delimitando los plazos de la misma;
- El ejercicio de la acción penal por parte del fiscal (art. 409.5) en los diez días siguientes, y al término de dicho plazo, formulada la imputación, fijará la fecha de la audiencia preliminar.

A la solicitud de archivo de la causa podrá oponerse también la víctima (art. 410.1 CPP). Si la solicitud es inadmisibile, el juez dictará decreto motivado de archivo y restituirá los actos al Ministerio Público (art. 410.2 CPP).

Puede por tanto deducirse, tras la exposición realizada acerca del art. 112 de la CI que promulga el principio de obligatoriedad penal, que «*el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal cuando no existan los presupuestos para la petición de archivo*» (art. 50.1 CPP). En este sentido, los poderes del fiscal italiano se distancian significativamente de las competencias que ejerce su homólogo holandés⁸²³. El art. 112 de la CI impide que entre estos presu-

a), d) y e) del coma 2, y el 291 quarter coma 4, del DPR. núm. 23 de enero de 1973, sobre cuestiones aduaneras.

822. Establece el art. 405 CPP: «*El Ministerio Público, cuando no debe solicitar el archivo de la causa, ejercita la acción penal, formulando la imputación en los casos previstos en el Tít. II, III, IV y V del Libro VI [procedimientos especiales "abreviados"] o con la solicitud [o petición] de envío a juicio*».

823. El sistema penal italiano es, en cuanto a medios de deflación procesal, mucho más deficitario que el modelo holandés. También lo es el español, en nuestra opinión. Sin duda esta cuestión es una muestra del mayor perfil, o si se prefiere, característica más relevante del sistema penal del fiscal holandés frente a sus homólogos. En Italia los únicos medios de deflación procesal son las modalidades procesales más breves, como pueden ser sus procedimientos especiales (arts. 438-458 CPP) —el *giudizio abbreviato* (arts. 438-443 CPP), el *giudizio direttissimo* (art. 449-452 CPP) o el *giudizio immediato* (art. 453-458 CPP)— o «*la applicazione della pena su richiesta delle parti*» o *patteggiamento* (instituto de la conformidad) (art. 444-448 CPP). En todo caso, como señala

puestos puedan existir razones de oportunidad, aunque éstas se refieran a un criterio como el interés público. En realidad, no se trata más que, ciñéndonos específicamente a las competencias atribuidas al fiscal italiano, de comprobar los datos fácticos para un posible reconocimiento de los presupuestos de archivo, actuación que no deja espacio a ningún tipo de valoración de oportunidad. El estrecho margen que establecía la Ley de Bases 81/1987 para la redacción del CPP (art. 2.5) señalaba como única causa la «*manifiesta carencia de fundamento de la denuncia*» (art. 408 CPP –*infondatezza della notizia di reato*–), al ser desconocidos los autores del delito para determinar la improcedencia de la acción penal. Cuestión esta última, regulada en el art. 411 CPP de forma general como «*falta de una condición de procedibilidad*» –de las que ya vimos su admisión por parte de la Corte Constitucional italiana, y que incluyen, por ejemplo, las necesarias «*autorizaciones*» para proceder en caso de determinados aforados, para determinadas querellas (art. 343 CPP)–, y a la que se suman dos supuestos concretos como son la prescripción del delito y la ausencia de tipificación de los hechos como delito⁸²⁴.

Continuando con el proceso italiano, si no hay lugar al archivo de la causa, una vez que ha sido fijada la audiencia preliminar, el MF remite al g.u.p. (*giudice per la udienza preliminare*) la petición de apertura del juicio oral. En la celebración de la audiencia, después de la constitución de las partes, el juez oirá al Ministerio fiscal que expondrá sintéticamente los resultados de las indagaciones preliminares y los elementos de prueba que justifican la petición de apertura del juicio oral (art. 421.2 CPP). También podrá el g.u.p. interrogar al imputado a petición de éste en los mismos términos y bajo la misma regulación que los interrogatorios celebrados en la fase oral (art. 421.2 en relación con los arts. 498 y 499 CPP). Además el Ministerio Público y el abogado defensor formularán y justificarán sus respectivas conclusiones conforme a los actos recogidos en el «*fascicolo*» (sumario) presentado ante el juez conforme al art. 416.2 CPP.

Quizá convenga detenerse aquí un momento, para aclarar una serie de cuestiones sobre el sumario italiano, pues consideramos que es una de las

CHIAVARIO, M., «El Ministerio Público en Italia...», *op. cit.*, pg. 113, independientemente de la economía y celeridad que estos procedimientos puedan introducir, en todo caso se refieren únicamente a la fase del juicio oral, pero no a la actividad procesal considerada en su integridad.

824. Existiría además, una última causa de archivo que tendría su causa en la propia fase de indagaciones preliminares pues «*el ministerio público, al finalizar la fase de indagaciones, indicará el archivo de la causa cuando la Corte de casación haya dictaminado la ausencia de graves indicios de culpabilidad, en el sentido del artículo 273* [presupuestos de solicitud de medidas cautelares, entre los que se encuentran "los graves indicios de culpabilidad"] y que no se hayan encontrado posteriormente otros elementos de cargo sobre la persona sometida a investigación» (art. 405.1 CPP).

características fundamentales de su proceso penal, en donde, como principio general, rige un estricto principio de contradicción bajo el modelo de la «*cross examination*» sobre las pruebas. El «*Giudice dell giudizio*» no conoce de las investigaciones que ha realizado el fiscal y la policía judicial; el «*fascicolo*» que el juez recibe no comprende los actos de investigación realizados. Las únicas pruebas de las que se va a servir el juez son las que se practiquen en el juicio, a petición de las partes.

El «*fascicolo*» al que se refiere el citado art. 416.2 del CPP, que recibe el g.u.p. y no el juez de la fase oral, contiene la «*notizia di reato*» (*notitia criminis*), junto a la documentación relativa a las indagaciones realizadas⁸²⁵ y las diligencias de los actos realizados con la participación del g.i.p. El cuerpo del delito y los elementos materiales pertenecientes al mismo serán añadidos al *fascicolo*, «*sempre que no deban ser custodiados de otra forma*».

Recibido el fascículo –o el sumario– y celebrada la audiencia, el juez puede dictar dos tipos de resoluciones:

El «*Decreto che dispone il giudizio*» (art. 429 CPP);

«*Sentencia di non luogo a procedere*» (art. 425 CPP)⁸²⁶.

Si se acuerda el decreto de apertura del juicio, será entonces cuando el juez proceda a la formación del «*fascicolo per il dibattimento*», o sumario de la fase oral, único sumario del que dispondrá el Tribunal juzgador, y para lo que podrá además solicitarse una nueva audiencia por cualquiera de las partes (art. 431.1 CPP). Entre otros documentos que recoge el fascículo se encuentran, por ejemplo, el certificado de antecedentes penales o las actuaciones judiciales extranjeras solicitadas mediante rogatoria internacional. En cuanto a la prueba y las actuaciones durante la fase de indagaciones preliminares, el fascículo recoge:

- Las diligencias de los actos no repetibles realizados por la policía judicial;
- Las diligencias de los actos no repetibles realizados por el MP y el abogado defensor;
- Las diligencias realizadas en calidad de «*incidente probatorio*» (prueba anticipada).

825. Esta documentación se delimita en el art. 373 CPP, que incluye la denuncia o la querrela, los interrogatorios y careos realizados, las inspecciones, registros y secuestros, así como la documentación de los actos característicos de investigación, realizados por parte del fiscal (arts. 359, 360 y 362 CPP), de los que se dará referencia a continuación.

826. Literalmente, «*sentencia de no dar lugar a proceder*», o decisión de «archivo de las actuaciones» en el sistema español.

Además, las partes podrán «acordar» la incorporación al sumario del juicio oral, de actos contenidos en el fascículo del Ministerio Público, así como actos contenidos en la documentación relativa a la actividad investigadora del defensor (art. 431.2). Hemos subrayado en cursiva el verbo acordar, por el alcance de este término en este procedimiento. El precepto legal no establece que dichas actuaciones puedan incorporarse a petición de parte, sino que debe haber acuerdo entre ambas. Se trata por tanto de una intervención puramente contradictoria, con igualdad de armas entre las partes, sin perjuicio de la «*actividad de integración probatoria del juez*» que puede ordenar nuevas diligencias de investigación si considera esta fase «*incompleta*» (arts. 421 y 422 CPP). Se trata sin duda de un fuerte control de parte sobre la actividad del fiscal, que ante la tentación de «*ocultar*» o no resaltar los elementos de descargo del imputado –sin perjuicio de la obligación del art. 291.1 CPP que así lo establece–, puede verse forzado a incluirlos si, a su vez, quiere incluir otros actos investigativos propios. Y precisamente, el «*fascicolo*» del MP está formado por todos aquellos actos que no están señalados en el art. 431 CPP; las diligencias practicadas en la audiencia y la documentación de la actividad que realizará el Ministerio Público «*con el fin de sostener la acusación en la fase oral*», y que integra la actividad investigadora (art. 433.3 en relación con el art. 430 CPP). De este expediente o «*fascicolo*» podrá recabar una copia el abogado defensor (art. 433.2 CPP).

Nos gustaría introducir un nuevo inciso en este punto.

Cualquier práctico del derecho, jurista, o cualquier especialista que conozca el proceso español, habrá constatado la enorme similitud de todo este proceso con el establecido en la LO 5/1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado. Sin embargo, cabe resaltar una sutil diferencia que hace del proceso español un proceso menos contradictorio. El art. 34 de la citada ley tiene una redacción muy similar al art. 431 del CPP⁸²⁷ italiano y, por tanto, la formación del sumario y la presentación de las pruebas debería ser similar en ambos sistemas. En este sentido, es un principio básico de proceso italiano referido a la fase que estamos estudiando que: «La naturaleza de tales actua-

827. LO 5/1995 de 22 de mayo, Artículo 34. Testimonios:

1. *En la misma resolución* [auto de apertura del juicio oral, pues igual que el proceso italiano estamos en la fase de audiencia preliminar], *el juez ordenará deducir testimonio de:*

a) *Los escritos de calificación de las partes.*

b) *La documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral.*

c) *El auto de apertura del juicio oral.*

2. *El testimonio, efectos e instrumentos del delito ocupados y demás piezas de convicción, serán inmediatamente remitidos al Tribunal competente para el enjuiciamiento.*

3. *Las partes podrán pedir, en cualquier momento, los testimonios que les interesen para su ulterior utilización en el juicio oral.*

ciones y la especificidad de las funciones típicas de las investigaciones preliminares, excluyen por otra parte que pueda hacerse remisión a ellas, aunque sea a través del mecanismo de la "lectura" y de las "contestaciones" en la vista oral, a los fines de la condena del indagado»⁸²⁸.

La Ley del Jurado española plantea una pretensión análoga. En este sentido, resulta esclarecedora su Exposición de Motivos, que hace explícita su intención de lograr un juicio oral contradictorio, sin que tuviera peso en el mismo la investigación sumarial ni que esa investigación influyera en el Jurado. Expresa es la mención de la carencia del valor probatorio de las «*diligencias sumariales o previas al juicio*», contenida en la citada Exposición de motivos y en art. 46.5 de la Ley⁸²⁹.

No obstante, no parece posible que esa pretensión pueda cumplirse, pues a diferencia del acuerdo al que han de llegar las partes en el proceso italiano y que acabamos de señalar al referirnos el uso de las diligencias del «fascículo» del MP (art. 431.2 CPP), con respecto al sumario español, «*las partes podrán pedir, en cualquier momento, los testimonios que les interesen para su ulterior utilización en el juicio oral*» (art. 34.3 LECrim). Y evidente que los van a pedir y a utilizar, haya o no acuerdo –he ahí la diferencia fundamental de contradicción–, ya que además el art. 46.5 de la Ley del Jurado permite que, en dicho acto del juicio oral, las partes interroguen al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen oportuno demostrar que existen entre lo que manifiestan en el juicio oral y lo expresado en la fase de instrucción, y aunque no pueda darse lectura a dichas declaraciones previas, por vía del art. 53 LECrim, quedan incorporadas al acta del testimonio del que posteriormente se da copia a las partes y al jurado, conociéndose así, en definitiva, el material anterior realizado en la instrucción⁸³⁰.

828. CHIAVARIO, Mario, «El ministerio público en Italia...», *op. cit.*, pg. 116.

829. Como señala PAZ RUBIO, J. M., la Ley «quiere evitar la práctica actual en el sumario ordinario y en el procedimiento abreviado de que la investigación sumarial sirva para condenar y a veces más que el acto del juicio oral, a pesar de la constante doctrina del TC y el TS de que las únicas pruebas que sirven para condenar son las practicadas en el acto del juicio oral, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 74.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado. Concordancias, Jurisprudencia. Comentarios y Leyes Complementarias*, AA VV, Colex, 2005, pg. 722.

830. *Ibidem*, pg. 722. Una cuestión ligada con lo que acabamos de mencionar, pero que trasciende el objeto de este trabajo y el análisis de las propias funciones del MP, es si realmente existen diferencias fundamentales en lo que se refiere a la formación del sumario y posterior valoración de la prueba, entre el proceso penal italiano y el proceso español. Más allá de la pretensión de la Ley del Jurado, que rechaza expresamente el valor probatorio de testimonios y declaraciones realizados en la fase de instrucción (art. 46.5), es conocida la doctrina según la cual, si bien es cierto que la convicción del Tribunal «ha de obtenerse mediante las pruebas practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción, salvo los supuestos de la prueba anticipada o preconstituida en los casos legalmente permitidos», ello «no es óbice para que también puedan tenerse

Pero tampoco el proceso italiano ha mantenido en toda su pureza o

en cuenta a tal fin las diligencias practicadas en la fase de instrucción cuando lo hayan sido con plena observancia de las correspondientes garantías legales y constitucionales y hayan sido introducidas en el juicio oral con posibilidades de contradicción... aquella afirmación inicial no puede entenderse de forma tan rígida y radical que excluya totalmente la validez probatoria de determinadas diligencias sumariales. Excepcionalmente, las diligencias practicadas en la fase de instrucción pueden considerarse válidas con carácter probatorio en determinados casos que han sido ya señalados en la jurisprudencia [muy especialmente la STS 1240/2000 de 11 de septiembre]. Así ocurre cuando, practicada la correspondiente diligencia en la fase de instrucción, no resulte posible o sea extremadamente difícil su reproducción en el juicio oral. A ellos se refiere el artículo 730 de la LECrim, precepto que ha sido aplicado concretamente a los supuestos de testigos fallecidos, o que se encuentren en el extranjero fuera de la jurisdicción del Tribunal, o bien en paradero desconocido, tras las pertinentes diligencias para su busca. El artículo 448 de la LECrim, contiene normas relacionadas con la posibilidad de prever durante la instrucción que tales sucesos se produzcan. De la misma forma, la jurisprudencia ha establecido que cuando se produzcan retracciones o rectificaciones relevantes entre las declaraciones de la fase de instrucción y las que se realicen en el juicio oral, el Tribunal puede otorgar mayor valor a unas u otras, en todo o en parte. Para ello es preciso que concurren dos circunstancias: en primer lugar, que hayan sido practicadas en la fase de instrucción de modo inobjetable, es decir, cumpliendo todas las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria pertinentes en esa fase. Y, en segundo lugar, que sean introducidas en el juicio oral de modo que sea posible someterlas a contradicción por las partes» (STS 132/2004 de 4 de febrero). Acerca del proceso italiano, tal y como hemos mencionado, el CPP —de forma similar a esta doctrina— también distingue entre «*actos irrepetibles*» y la verdadera «*prueba anticipada*» (incidente probatorio); y ambos tipos de diligencias forman parte del sumario del juicio oral (art. 431 CPP). Entre los primeros, junto a aquellos «*medios de búsqueda de la prueba*» por naturaleza irrepetibles como son las inspecciones, registros, secuestros, escuchas telefónicas etc. (arts. 244-271 CPP) —cuya documentación está destinada a engrosar las actuaciones del juicio oral y por tanto el sumario de esta fase—, hay que añadir los actos de la «*actividad de investigación del Ministerio Público*» (arts. 358-378 CPP) en el supuesto de que se trate de «*comprobaciones técnicas no repetibles*» (art. 360 CPP). Se trata de las «*pericias*» (investigaciones) realizadas por el MP durante la fase de investigación y así denominadas para distinguirlas de las propias actuaciones realizadas por un juez, ya sea en una fase o en otra. Se quiere resaltar que la mayor o menor correspondencia de contenidos, no se traduce en una identidad de fisonomía normativa, que, por principio han de hacerse valer en el juicio oral. No obstante, una vez prevista la posibilidad «*de que las comprobaciones técnicas previstas por el art. 359 referentes a personas, cosas o lugares cuyo estado está sujeto a modificación*» (art. 360 CPP) no sean repetibles en la fase oral, «*el ministerio público avisa inmediatamente a la persona investigada, a la persona ofendida por el delito y al abogado y al defensor de oficio de la hora y el lugar de la realización de las comprobaciones y de la facultad de nombrar consultores técnicos*». No obstante, si la parte solicita que se promueva para la realización de semejante acto «*incidente probatorio*», es decir, que se constituya una verdadera prueba anticipada, «*salvo que estos no puedan ser diferidos en el tiempo so pena de que no puedan ser útiles*» (art. 360.4 CPP), deberá el Ministerio Público consentirlo o no podrá utilizar los resultados de las comprobaciones en la fase oral (art. 360.5 CPP). En este sentido, resulta muy interesante al respecto la jurisprudencia CPP sobre el art. 507.1. «*Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove*». Más que polémica, dicha jurisprudencia ha reconocido muchos poderes de «*integración de nuevas pruebas*» al juez, que según esta doctrina no tienen por qué ser en realidad ni nuevas ni tienen que ser absolutamente necesarias matizando claramente el principio de disponibilidad de la prueba por las partes y la contradicción del proceso (véase

integridad su sistema acusatorio, ni sus principios de contradicción e igualdad de armas. De hecho, casi desde que fue aprobado, es decir desde principios de los años 90, incluso con algún intento de retornar a los principios originales del Código de 1988 –por ejemplo la Ley 267/1997–, se han producido sucesivas modificaciones que han configurado un procedimiento que se articula en un difícil y complejo «*equilibrio*»⁸³¹ entre medidas inquisitivas y los principios contradictorios.

Hoy en día no cabe afirmar que en el proceso italiano no exista un mecanismo de lectura de las actas de la investigación, ni que toda prueba válidamente constituida haya sido obtenida en la fase oral bajo los principios de contradicción, oralidad y publicidad. En este sentido, las Sts. de la CC. N. 254 y 255 de 1992 tomando en consideración que, junto al principio de oralidad, debe respetarse también el principio de «no dispersión» de los medios de prueba, han dado la vuelta de la relación entre la oralidad (regla) y la lectura (excepción). Según la Corte, un sistema probatorio que impide al juez valorar las declaraciones precedentes recogidas en el curso de las indagaciones preliminares no puede considerarse razonable, dado que el fin principal del proceso penal es la búsqueda de la verdad y por tanto debe darse al juez la posibilidad de utilizar todos los medios cognoscitivos, incluidas las declaraciones adquiridas sin las garantías de contradicción⁸³².

De hecho, cabe afirmar que haciendo un somero repaso del CPP, se puede inferir sin género de dudas que esta jurisprudencia ha sido seguida por el legislador⁸³³. Se encuentra recogida fundamentalmente en los arts. 500, 502 y 511 bis a 513, en relación con los arts. 210 y 238⁸³⁴ de dicho

especialmente la StCC 111/1993 de 26 de marzo). Lo que ha llevado a la doctrina a señalar que la «lectura propuesta por la sala unificada de la Casación y después de la Corte Constitucional es inaceptable por cuanto lleva provocar una verdadera reorientación de los criterios que informan del código y una vuelta a los esquemas que precisamente se habían decidido abandonar». «La Corte costituzionale alle prese con l'art 507 c.p.p. ovvero: ritorno al futuro», VALENTI REUTER, Cristiana, *Riv. Giurisprudenza Costituzionale*, 1993, pg. 939.

831. ZAPPALÀ, Enzo, «Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio», *Riv. Diritto Penale e Processo*, núm. 7 1998, pg. 887.

832. *Ibidem*, pgs. 889 y 890.

833. En especial, mediante las reformas que introducen las Leyes 356/1992 de 7 de agosto, 332/1995 de 8 de agosto y sobre todo la Ley 479/1999 de 16 de diciembre «*Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense*» (Legge Carotti). Un sistemático repaso de todas estas leyes y de los sucesivos cambios introducidos en el CPP puede encontrarse en PERRODET, Antoniette, «The Italian System», en *European Criminal Procedures*; DELMAS-MARTY, M. and SPENCER, J. R., Cambridge University, Press, 2003. Se han producido otras modificaciones posteriores, la última la de la Decreto Legge Núm. 92/2008 de 23 de mayo, pero no afectaron a esta cuestión.

834. En dichos preceptos se regula el régimen de lectura de testimonios previos, adquiri-

Código. A partir de dichos preceptos, se han producido interpretaciones expansivas adicionales por la jurisprudencia de la Corte Costituzionale al respecto, como la posibilidad de poder recurrir a la lectura de algunas de las declaraciones realizadas, no ya siquiera ante el Ministerio Público, sino ante la policía judicial (StCC 60/1995). No obstante, resulta relativamente fácil apreciar esta posibilidad en los supuestos previstos. Además, esta modificación legislativa, sin duda derivada de la necesidad de contrarrestar la fuerza de intimidación que la criminalidad organizada es capaz de dirigir sobre los testimonios –induciendo incluso a la retractación en la fase oral y consiguiendo por tanto alterar el funcionamiento normal del mecanismo de la oralidad y de la contradicción–, ha afectado no obstante a disposiciones normativas que se aplican a todos los imputados, produciendo cambios sustanciales en planteamiento originario general sobre el proceso⁸³⁵.

A ello habría que sumar lo ocurrido con el procedimiento abreviado, utilizado profusamente (*giudizio abbreviato*) y establecido en los arts. 438 y 441-443 CPP. La Ley 479/1999 aumentó los supuestos delictivos que se pueden juzgados mediante este procedimiento. Además, el art. 28 de la citada Ley derogó el viejo art. 439 CPP, que otorgaba al Ministerio Fiscal la posibilidad de vetar el uso de este procedimiento y, consecuentemente le facultaba para obligar a que la causa se llevase a cabo mediante el procedimiento ordinario. La cuestión más relevante es, en todo caso, que este proceso elimina prácticamente la fase oral, que transcurre al modo de la audiencia preliminar del proceso ordinario, y confiere al g.u.p. el peso del proceso, autoridad que podrá continuar realizando además numerosos actos investigadores a petición de parte (art. 422 CPP «*attività di integrazione probatoria del giudice*»). Y por lo tanto, lo que se producirá es que se irá eliminando el poder del juez de rechazar la petición del acusado –modo de iniciar el procedimiento abreviado– en base a no poseer suficientes evidencias para tomar una decisión sobre el caso⁸³⁶.

Desde luego han sido muchas las críticas doctrinales que se han posicionado frente a estas reformas⁸³⁷.

dos durante la fase de investigación, su uso en la fase oral y las posibilidades de constitución de prueba anticipada.

835. ZAPPALÀ, E., «Processo penale ancora in bilico...», *op. cit.*, pg. 890. Sin embargo, cabría pensar que estas modificaciones, desde una lectura «española», les resultarían a muchos juristas bastante razonables. Aunque sólo fuera por su cercanía con la realidad del proceso español.

836. PERRODET, A., «The Italian System», *op. cit.*, pg. 371.

837. LOZZI, Gilberto, «La realtà del processo penale, ovvero il "modello perduto"», *Riv. Questione Giustizia*, núm. 6, 2001. pg. 17. Ha señalado entre otras cuestiones que: «las recientes reformas procesales han creado un sistema definitivamente incoherente y caracterizado por múltiples detalles de posible inconstitucionalidad. Entre otras cosas se ha acentuado el número y la importancia de la actividad desarrollada durante la fase de las indagaciones preliminares, con el riesgo de privar a la fase oral de la

3. EL DEBATE SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE LA INSTRUCCIÓN AL FISCAL ESPAÑOL Y SU «IMPARCIALIDAD COLECTIVAMENTE REFLEXIONADA»

Es posible afirmar que, tanto en Holanda como en Italia, y sin perjuicio de que ambos sistemas se sustenten en modelos más de tipo acusatorio y que sus fiscales puedan actuar en como directores de la fase investigación en procesos sustancialmente «de parte», sus códigos han mantenido o incluso regulado *ex novo* algunos institutos que no se caracterizan precisamente por preservar la contradicción del proceso, la igualdad de armas o los derechos del investigado⁸³⁸. Pero es una cuestión bien distinta que en la regulación de la función de control por parte del juez de garantías, la legislación haya erosionado cierta pureza del sistema a través de ciertas actuaciones concretas del juez, y otra cuestión de naturaleza diferente es que no se tenga aún claro la necesaria y estricta separación de los roles y funciones que han de ejercer o atribuirse juez y fiscal en esta fase del proceso. La doctrina y el propio legislador ya han dado más que sobradas muestras del conocimiento de la cuestión y alguna prueba de deseo de cambio⁸³⁹. No se trata de defender un

inmediatez y de la posibilidad de comprobación. Los principios que sostienen el modelo acusatorio quedan totalmente o en parte vaciados por soluciones que están en línea con la diferente cultura jurídica de nuestro país. Todo ello comporta una pesada recaída también en el tema de la legalidad de la pena y del derecho de igualdad de armas, reclamando la exigencia de un replanteamiento radical del sistema procesal».

838. Por ejemplo, en Holanda no gozan de especial protección los sospechosos arrestados e interrogados por la policía, en donde no se requiere la presencia del abogado defensor. Los interrogatorios no son grabados y es imposible saber el grado de «presión» policial que ha existido en la obtención de la declaración. El fiscal puede decidir archivar la causa si su fuente de prueba está basada en testimonios dudosos, pero si decide solicitar la apertura de la fase oral está obligado a presentar al tribunal todas las declaraciones realizadas por el imputado. Y será el imputado en esta fase quién, en su caso, tenga que probar los motivos de su retractación. Lo que supone «una carga de la prueba casi inasumible». FIELD, STEWART; ALLRIDGE, PETER and NICO, JÖRG, «Prosecutors, Examining...», *op. cit.*, pg. 228. En Italia, concluyendo con lo que acabamos de analizar, «no parece que la titularidad exclusiva del MP –y en realidad también de la policía– en la fase de investigación, haya efectivamente terminado con una co-participación investigadora del g.i.p. o del g.u.p., y no siempre puede afirmarse que cuando el juez está llamado a pronunciarse, quepa ubicarlo siempre en el lugar de un tercero imparcial que no ha intervenido en las indagaciones ni en el modo de llevarlas a cabo». FERRAJOLI, M., *Il ruolo di «garante» del giudice...*, *op. cit.*, pg. 90.

839. Nos estamos refiriendo, por supuesto, a la LO 5/2000; que también presenta ciertas deficiencias, pues a través de las diligencias instadas al juez por el abogado del menor durante la fase de instrucción (o más correctamente de formación del «expediente de reforma»), que bien podían haber esperado al trámite de alegaciones pues no hay ningún límite para que todas las diligencias previamente rechazadas por el fiscal se hagan valer en la fase oral, se acaba por hacer intervenir y dotar al juez de poder sobre la investigación. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, «El Ministerio Fiscal "Director de la Investigación" en el Proceso Penal de Menores», en *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, AA VV, GIMENO SENDRA, V., Director, Iustel, 2006, pg. 69.

argumento maniqueo en donde el proceso acusatorio encause todo lo valorable en sentido positivo y el proceso inquisitorio todo lo cuestionable. Es evidente que en todo sistema democrático y en cualquier sistema procesal, la búsqueda verdad –cuanto menos su mayor aproximación posible– debe llevarse a cabo de un modo considerado justo y por lo tanto social y democráticamente legítimo. La diferencia entre ambos sistemas, desde la distinción doctrinal clásica, reside en los valores asumidos como fundamentales en el modo de aproximarse a ésta.

En la cultura acusatoria, la idea fundamental de la que se parte es que la igualdad de las partes y, sobre todo, el proceso dialéctico de «*persuasión*» desarrollado ante el Tribunal hará emerger la verdad de los hechos. Un proceso justo y la búsqueda de la verdad son valores que no entran en conflicto y no hay necesidad de priorizar entre uno y otro. Un sistema inquisitorial asume que la verdad puede y debe ser descubierta, mediante una meticulosa investigación. Y como la pretensión, considerando el interés de las partes y el interés social, es que ésta se esclarezca, es el Estado quien mejor está equipado para llevar a cabo esta labor. El sistema es legítimo porque su fin es la búsqueda de la verdad más objetiva posible. En este caso la prioridad se centra en la búsqueda de la verdad material. En el primer caso, se denota una fe desmesurada en que la igualdad de partes, con todas las posibilidades de manipulación de las pruebas e intereses espurios que subyacen, incluso con igualdad de armas, sitúa al juez en posición de dictar una sentencia que determine la verdad. En el segundo, se requiere una enorme dosis de confianza en la integridad del Estado y su capacidad para perseguir una verdad supuestamente no instada por las presiones de las partes y sus intereses individuales y no trabada por la igualdad de armas⁸⁴⁰. Desde dicha perspectiva, un Juez de Instrucción es un sujeto perfecto. La cuestión es que, en democracia, es necesario encontrar la verdad material bajo cierta igualdad de armas y bajo el respeto de los derechos del imputado. Y a dicho objetivo tienden todos los sistemas.

Asumiendo que el modelo español se ubica en el segundo tipo –en realidad también se sitúa en esta misma perspectiva el modelo italiano, si bien es un sistema que ha evolucionado más, de ahí el juez de garantías–, una de las instituciones que más resta contradicción al sistema es la existencia de un Juez de Instrucción, al ser una figura que, en la práctica, suma su potencia

840. JÖRG, Nico; FIELD, Stewart y B. BRANTS Chrisje, «Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging», en *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil FENNEL, Bert SWART, Nico JÖRN, Christopher HARDING, Clarendon Press, Oxford, 1995, pg. 43. En esta obra puede encontrarse además un estudio comparado en donde se comprueba cómo, desde tradiciones distintas, el sistema inquisitorial holandés y el sistema acusatorio británico han ido convergiendo.

acusadora a la del fiscal, reforzándose ambas mutuamente, y que además sobrevive bajo el mito de su imparcialidad, concebida desde su independencia, confundiendo ambas cuestiones y, siendo francos, no aportando nada a la búsqueda de la verdad material, más allá de lo que podría hacerlo el Ministerio Fiscal responsable de la policía judicial. En democracia, hacer residir la iniciativa investigadora en una figura jurisdiccional únicamente tiene sentido en el supuesto de que la parte acusadora o el titular de la acción penal actuase en representación del Estado y de sus intereses y no en representación de la ley. Tal y como podía esperarse de aquellos ministerios públicos definidos como «*agentes del gobierno*», «*órgano de comunicación del gobierno con los tribunales*» o alguna otra fórmula del estilo⁸⁴¹. De ahí que, como ha puesto de relieve su propia doctrina, en el sistema italiano se evidencia esta gran paradoja⁸⁴².

Si el fiscal italiano es un magistrado independiente e imparcial, sometido al más estricto principio de legalidad⁸⁴³ y obligado a investigar las pruebas de descargo, no parece que exista la necesidad de someter la actuación de dicha autoridad al control de un juez. Más coherente parece la solución de crear mecanismos de control al interno del propio Ministerio Fiscal; evitando así todo riesgo de que el Juez de Instrucción acabe interviniendo en la investigación e impidiendo que se condicione en modo alguno la «*terzietà*» de la función jurisdiccional. Tratándose fundamentalmente de controlar la inacción del MP, introduciría además un mecanismo válido como alternativa a la irresponsabilidad extra procesal que preside los actos de un MP que ha tendido a la personalización⁸⁴⁴. Sin embargo, más de un problema tendría el MP italiano en este sentido, al ser un órgano no jerárquico. El que no lo tendría es el MF español, y por ello, siguiendo este razonamiento, nos alinearíamos con la posición de ORNOSA FERNÁNDEZ, cuando subraya que no

841. Siempre que se quiera mantener el valor inquisitivo de la necesidad de una búsqueda de la verdad material, ya que procesos netamente acusatorios como el norteamericano incluso han renunciado a ello, basando la legitimidad del conjunto del sistema en elementos democráticos muy ajenos a los sistemas y Ministerios Públicos de nuestro estudio.

842. Para una discusión sobre el tema en términos específicamente italianos RESTA, Eligio, «Le verità e il processo», *Riv. Pol. del Dir.*, 2004.

843. Y de hecho, aunque no sea ésta nuestra opinión, como ya hemos analizado, parte de la doctrina sostiene que el art. 112 CI y su principio de obligatoriedad penal tiene el mismo significado que el art. 101 CI y el sometimiento exclusivo a la ley de los órganos jurisdiccionales. Incluso la reciente doctrina española al respecto ha sostenido esta misma perspectiva. «*La instrucción en el proceso penal italiano. Especial referencia a las funciones del Ministerio Fiscal*»; LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel, en *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, AA VV, GIMENO SENDRA, V., Director, Iustel, 2006, pg. 137.

844. DE LUCA, G., «Controlli extra processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente del pubblico ministero», en *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Editado por GAITO, G. Nápoles, 1991, pg. 223.

se entiende bien la razón que justifica que, contra el decreto de archivo de las actuaciones del MF en los procesos de menores, no quepa recurso alguno. La decisión de archivo de las actuaciones no es un acto de investigación, sino una decisión jurídica de plenos efectos que pone fin a la vía judicial. Tratándose de una institución jerarquizada, siempre debería caber acudir en queja ante el superior jerárquico del fiscal director de la investigación y dicho superior podría dictar las órdenes oportunas al subordinado, tal y como de hecho está previsto en los arts. 62.2 y 63.2 del EOMF⁸⁴⁵.

Los diferentes roles asignados al juez y fiscal en la fase de investigación preliminar u oficial, son complementarios e interdependientes, ya que no se puede definir uno sin tomar en cuenta el otro. Pero ello no es óbice para poder establecer una clara distinción de sus funciones y cometidos a tenor de su propio origen constitucional. Como hemos venido ya insistiendo a lo largo de este trabajo, entendemos que la CE, en mejor medida que ninguna otra norma fundamental de las estudiadas, define la posición jurídica de ambos órganos, funciones y fines.

Al hacer esta afirmación, no pretendemos hacer abstracción de las deficiencias que acompañan a la regulación constitucional del Ministerio Fiscal español. La yuxtaposición de sus funciones, la carencia de una definición más clara y expresa de su función como acusador público, el equívoco sentido de la «*defensa de la legalidad*» atribuida a este órgano, y otras cuestiones que ya hemos ido teniendo ocasión de comentar en este estudio. No obstante, si nos atenemos a la ausencia de una verdadera regulación constitucional del MP holandés y a la integración del MP italiano en el «*ordine giudiziario*» y su estatus interno y externo, personal y orgánico, como magistrado, cabe subrayar que la CE, y queremos insistir en ello, establece un poder judicial regido por sus órganos propios, bajo unos principios particulares y con una misión fundamental; y establece además un órgano como el Ministerio Fiscal que también tiene sus órganos propios, está regido por principios diferenciados y es titular de funciones exclusivas. Y es además, un órgano de relevancia constitucional con «*personalidad jurídica propia*».

En definitiva, el Ministerio Público es el titular de la acción penal del Estado, mientras los jueces y magistrados tienen atribuido en exclusiva el poder jurisdiccional. Convendría quizá, atenernos a esta distinción y establecer un sistema de controles cruzados «*cross examination*», tal y como viene siendo necesario en la articulación del ejercicio del poder en todo sistema democrático, que resulte coherente con el reparto constitucional de funciones.

845. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho Penal de Menores*, Bosch, Barcelona, 2001, pg. 231.

Sugeríamos antes que el actual sistema de instrucción penal español supone, en términos coloquiales, un «cambio de papeles» o una distribución errónea de roles entre el juez y fiscal, con respecto a sus funciones y misiones constitucionales. Procede considerar cual sería, en nuestra opinión, una posible asignación tal vez más correcta. Existen, a nuestro juicio, buenos argumentos para considerar que la investigación oficial se atribuya al fiscal y que el Juez de Instrucción deba transformarse en un Juez de Garantías. Figura, por cierto, muy distinta del Juez de Instrucción.

No obstante, conviene tener clara la visión concreta que se propone: «la sustitución de la instrucción judicial por una investigación oficial dirigida por el MP y controlada por un Juez de Garantías no supondría, de ninguna manera, un trasvase del poder del juez al fiscal, sino la relativización de los poderes de ambos. Este Juez de Instrucción, situado en el lugar que realmente le atribuye el art. 117 de la CE, miraría con natural (equi-) distancia una investigación que en el presente es "suya", prestando más atención a la corrección constitucional y legal de los instrumentos que a la utilitarista prioridad de los fines. Algo que en el esquema actual le resulta ciertamente difícil, puesto que a la hora de la valoración mediático-social de su función inquisitiva puntúa mucho más la eficacia –incluida la pena de banquillo y la anticipación de la condena por vía de medidas cautelares– que las garantías»⁸⁴⁶.

La figura de un Juez de Instrucción garantiza la presencia jurisdiccional en la fase preliminar, pero su función investigadora no es una función jurisdiccional y es más, le desacredita para poder ejercerla correctamente. Podrá argumentarse que su condición de Magistrado del Poder Judicial dotará a sus actuaciones de la imparcialidad de un órgano independiente externa e internamente, y de una autoridad sin interés en la causa. Pues bien, en todo

846. CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación...», *op. cit.*, pg. 15. Autor con quien nos alineamos en sus posiciones, de ahí que tomamos prestadas sus ideas, transcribiendo literalmente sus afirmaciones. Para este mismo fiscal –en el momento de la redacción de sus palabras este autor era fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado–, la modernización del Ministerio Fiscal en la etapa democrática, que es condición de la evolución del proceso penal, ha sido impedida por el temor de la clase política de dotar al Gobierno de turno «de un arma formidable [como es el MF] y que además puede ser aún más temible si actúa de forma autónoma y con criterios independientes». Asimismo, las trabas al cambio también han venido desde la propia carrera fiscal y por supuesto del poder judicial. Y ello, como resultado de un complejo juego de poderes y de falsas suposiciones, donde entran en juego el corporativismo del poder judicial y un temor mayor en la clase política española, a un Ministerio Fiscal «descontrolado» capaz de luchar contra la criminalidad política, situaciones fácticas que han primado sobre el objetivo de contar con un órgano útil y homogéneo que pudiera desarrollar una verdadera política criminal. Retomaremos esta cuestión cuando analicemos la relación entre el MF y el Gobierno.

caso, ejercerá una imparcialidad «personalísima» o subjetiva que escasamente tiene que ver con la imparcialidad de tercero *supra partes*, posición inherente al verdadero ejercicio de la función jurisdiccional⁸⁴⁷. Pero es que además, ni siquiera es una buena idea. Tendremos ocasión de analizarlo más detenidamente, pero cabe hacer notar que desde esta perspectiva tan española acerca de la instrucción, el propio fiscal italiano puede cumplir esas mismas funciones, y el fiscal español puede ser aún más imparcial que ambos realizando la misma actividad. La imparcialidad del Juez de Instrucción no es mayor que la del fiscal por el mero hecho de su sacralizada independencia, ni es un fin en sí misma.

Se habla de actividad jurisdiccional o de acto jurisdiccional, y como tal despliega sus efectos, tanto por el hecho de que el sujeto que interviene y la actividad en la que se ejerce, dicha autoridad goza de muy precisas prerrogativas asociadas a la circunstancia o al modo en el que sujeto desarrolla su actividad y establece su propio convencimiento. La jurisdiccionalidad es subjetiva porque la actividad queda cualificada sólo en consideración al sujeto que la ejerce; y es objetiva, porque a las garantías que acompañan al régimen estatutario del juez hay que añadirle el hecho de una decisión asumida respetando la regla de la contradicción, mínimo esencial para que el pronunciamiento judicial adquiera valor de decisión tomada por un órgano en el ejercicio de la función jurisdiccional. Es decir, han de sumarse la jurisdiccionalidad objetiva y subjetiva.

Parece bastante claro que, en la fase preliminar, o en la fase de investigación, el juez puede asegurar una jurisdiccionalidad subjetiva. Pero nada más. La explicación o el sentido de su intervención no tiene más valor que el no compartir el mismo interés respecto de las razones esgrimidas por el Ministerio Fiscal, o si cabe cuestionar esta desafección en sentido negativo, atender

847. O por referirlo en términos más precisos, cabe citar a FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 621: «Conviene recordar, una vez más, que la independencia judicial viene justificada como proyección de una muy específica imparcialidad, entendida como posición *supra partes* y garantizada por el sometimiento pleno y único al imperio de la ley de los miembros del poder judicial. Una independencia que corresponde al juez de forma personal, intransferible y únicamente orientada a la solución de la litis mediante la aplicación del derecho y una independencia del Poder Judicial entendida como una separación institucional efectiva del resto de los Poderes del Estado». Recordemos que la imparcialidad es el principio fundamental que inspira toda concepción, pretensión, o principio programático de búsqueda de la verdad material. Por eso a los fiscales de los procesos acusatorios puros, en líneas generales, no se les exige ni se espera de ellos una búsqueda de la verdad material, ni se les sitúa en una posición imparcial durante el proceso –ni, por supuesto, dentro de esta misma lógica, se les solicita la búsqueda de pruebas de descargo contra el imputado– sino la búsqueda de una verdad de parte, incluso que responda a las expectativas de la comunidad. Esta es la realidad de los fiscales norteamericanos elegidos por sufragio.

a su propio y exclusivo criterio. Ante la formulación de una petición durante esta fase, el juez debe actuar en una posición de independencia precisamente frente a quien domina la fase preliminar. Es decir, frente a quien debe preparar todos aquellos actos que permiten decidir sobre el ejercicio o no de la acción penal: en buena lógica, el Ministerio Fiscal, ayudado además por la policía, y no por el juez. En la fase preliminar, cuyo fin, si se respetan los principios básicos del proceso penal, no puede ser otro que verificar la necesidad de formular una imputación judicial sobre un sujeto, que se desarrolla a través de distintos mecanismos de verificación para los cuales no siempre es necesaria la presencia del interesado –es más, las investigaciones requieren, por su propia naturaleza, la mayor de las discreciones para su mayor aprovechamiento– no puede afirmarse que las decisiones del juez, aquellas en las que haya de intervenir, se tomen desde una jurisdiccionalidad objetiva. La absoluta carencia de dialéctica entre el investigador y el investigado, sumado a la imposible configuración de una verdadera y estricta igualdad de armas que impiden al juez decidir con «*equidistancia*», excluyen la posibilidad de calificar la intervención del juez en clave de plena jurisdiccionalidad⁸⁴⁸. En otros términos, si la investigación y los actos que la componen –perfectamente descritos como hemos visto en el CPP italiano– carecen de carácter jurisdiccional o es éstos son tan reducidos que apenas alcanzan al elemento personal o subjetivo, al «*carisma*» del juez, podríamos afirmar que atribuir la investigación a los jueces «carece sencillamente de sentido»⁸⁴⁹.

De la instrucción, procedimiento en el que, como hemos ya señalado, juez y fiscal refuerzan sus posiciones mutuamente y la potencia acusadora es

848. La distinción entre jurisdiccionalidad objetiva y subjetiva y, en general, el grueso de este párrafo ha sido tomada de FERRAJOLI, M., *Il ruolo di «garante» del giudice...*, *op. cit.*, pgs. 84 y 85. A una conclusión similar –a saber, que en esta fase no se produce un verdadero ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque actúe un juez–, llega Vives en base al principio de la exclusividad negativa de la función jurisdiccional que establece el art. 117 de la CE. La actividad de los jueces, más allá de su estricta función jurisdiccional, sólo se justifica en garantía de los derechos de los ciudadanos. VIVES ANTÓN, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, 117.

849. VIVES ANTÓN, T., *Comentarios...*, *op. cit.*, pg. 119. Junto a las aportaciones de Vives, recordamos aquí la ya mencionada e influyente doctrina italiana sobre la naturaleza administrativa de las investigaciones preliminares. ZANON, N. o DE LUCA, autores ya citados, son, por ejemplo, máximos exponentes de esta posición doctrinal. Que existe «personalismo» –igual que acaba sucediendo con el fiscal italiano– en la instrucción española a cargo de los jueces es más que evidente. No hay más que repasar lo ocurrido en los días de febrero-marzo 2009 con la instrucción del juez Garzón en el Caso Gürtel. No es la primera vez que ello sucede con el Titular del Juzgado Núm. 5 de la Audiencia Nacional, siendo una personalidad ampliamente conocida por la opinión pública y habiendo existido numerosos debates públicos sobre su actuación judicial. El periódico EL PAÍS Semanal publicó un reportaje sobre su persona el domingo 22 de marzo de 2009. No es el único ni el primero.

doble⁸⁵⁰, podría pasarse a una aceptable (por más que imperfecta) igualdad de armas, que permitiera el desarrollo y la separación de las funciones que les son propias⁸⁵¹.

Subrayábamos antes y, en este sentido, la doctrina italiana lo ha estudiado profusamente, que el papel del fiscal es el que cualifica la propia función del juez. Son las funciones de control y de garantía y no la investigadora las que dan sentido a la jurisdiccionalidad subjetiva del juez en la fase preliminar del proceso. Aunque el control signifique una forma de garantía y las garantías sólo puedan darse a través de los correspondientes actos de control, nos estamos refiriendo, en primer lugar, a todas aquellas actividades de control jurisdiccional del cumplimiento de los principios que deben presidir el ejercicio y desarrollo de la actividad investigadora, como son la duración razonable de las investigaciones –que no pueden prolongarse *sine die*– o la propia solicitud de archivo de la causa, comprobando que se dan los presupuestos para ello y que la solicitud del fiscal se realiza conforme a lo que determina la ley. Implica supervisar asimismo que el fiscal actúa conforme al principio de obligatoriedad y, por tanto, su archivo debe ser «*obligado*» por falta de elementos objetivos que permitan ejercer la acción penal, o en su caso, controlar el ejercicio del principio de oportunidad y su adecuación a los presupuestos que lo informan, si es que el fiscal goza de esta posibilidad. En definitiva, se trata de controlar si el fiscal adecua su actividad al principio funcional sobre el que se sustenta dicha institución.

En cuanto al objeto y ámbito de las garantías, hacen referencia a la protección de los derechos del imputado a través de la valoración –jurisdiccional en la medida de lo posible– de las actividades de iniciativa de la investigación que puedan suponer una limitación de las libertades fundamentales, ya sean personales, patrimoniales o morales, en la búsqueda de las fuentes de prueba.

Pues bien, tanto desde la perspectiva del control como del asegura-

850. Como afirma NOBILI, en esta fase de investigación parecen estar presentes dos fiscales, uno de ellos dotado además de poder jurisdiccional, que dirigen sus actuaciones a los mismos fines: esclarecer los hechos presuntamente delictivos, identificar y asegurar el cuerpo del delito y establecer la participación de los distintos sujetos investigados en los hechos. NOBILI, G., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, pg. 87 ss.

851. CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio fiscal en la investigación...», *op. cit.*, pg. 14. O como afirma sin tapujos este autor: «una aceptable (por más que imperfecta) igualdad de armas capaz de colocar a los fiscales en el trance de afinar más el trabajo de la obtención y preparación de la prueba, para tener de verdad que ganar los juicios, y al juez en la necesidad de labrar mejor su propio terreno, que es la preservación de todos los derechos de todas las partes, asegurando el "fair play" del proceso».

miento de las garantías, la presencia del juez en este procedimiento no se justifica tanto por ser un tercero *supra partes* que valora su decisión en un ámbito contradictorio –que realmente no existe en la fase preliminar– sino por ser un órgano, además de judicial y por tanto independiente, básicamente diferenciado de aquel que pretende atacar la libertad del investigado y con quien no comparte los mismos fines⁸⁵². En definitiva, puede afirmarse por tanto, que la razón que acompaña a la figura del Juez de Garantías en el ejercicio de ambas funciones y en su atribución, se fundamenta consecuentemente en su no participación en la función de investigación⁸⁵³.

Es decir, se trata de un juez que no siendo titular de la investigación está llamado a intervenir en aquellos actos, determinados por ley, en los que su presencia y función pueda ejercerse mediante criterios de jurisdiccionalidad, en una fase determinada, la de investigación, que a su vez debe reconducir al Ministerio Público en su función de órgano acusador, titular del ejercicio de la acción penal a la que precisamente se dirige esta fase. Y una de las condiciones necesarias, además de las ya apuntadas, es la necesaria actitud pasiva de todo órgano jurisdiccional, que en este supuesto, ya no «busca» en actitud activa la prueba de la verdad material de los hechos, sino que debe pretender «encontrarla» y recibirla de los propios elementos aportados por

852. Para TAORMINA, la importancia de determinar las actuaciones del juez con sumo cuidado, y de que éstas no supongan su intervención en la lógica investigadora, es tal que si no fuera así, su actividad «comportaría automáticamente una prevaricación de la jurisdicción a favor de alguna de las partes». TAORMINA, Carlo, *Diritto procesuale penale*, Vol. I, Turín, 1991, pg. 334. También para VIVES, autor que venimos citando en relación a esta cuestión, mientras al Juez de Instrucción continúe ejerciendo su labor de investigador y, en cada decisión, sea juez «podrá incurrir en la tacha de parcialidad, aún más visible y relevante si actúa de oficio». VIVES ANTÓN, T., *Comentarios...*, op. cit., pg. 134. Y para GÓMEZ COLOMER, que se pronuncia exactamente en el mismo sentido, el conflicto con los principios básicos de justicia que supone que un mismo órgano considere la necesidad de un acto de instrucción y a la vez su legalidad, «es el argumento más importante a favor de que instruya el Ministerio Fiscal». «El Fiscal Instructor» GÓMEZ COLOMER, J. L., en *Rev. Justicia*, 96, núm. II, pg. 281. Queremos señalar aquí, aún a riesgo de alargar la cita, una idea interesante que nos transmitió Doña SOLEDAD CAZORLA, Fiscal del Sala delegada contra la Violencia sobre la Mujer (art. 20 Ley 24/2007). A su juicio, las recientes mejoras introducidas en el EOMF, así como las introducidas sobre la figura del fiscal y en el propio proceso penal a la largo de los últimos años, comenzaban a permitir por primera vez, que el fiscal pudiera centrarse en la víctima y en su protección, mientras que sería el juez el encargado de velar por el respeto a los derechos del imputado. A su juicio, esta situación –que juzgaba del todo positiva– se vería aún más fortalecida con la atribución de la investigación penal al MF (Desde estas páginas queremos agradecerle su paciencia y amabilidad durante la larga entrevista que tuve el honor de realizarle –septiembre 2009–).

853. FERRAJOLI, M., *Il ruolo di «garante» del giudice...*, op. cit., pgs. 86 y 87. «Puesto que no es un juez que instruye, que no busca las pruebas y elementos incriminatorios, puede actuar, en sentido lato, de garante, ya sea controlando el respeto a determinados cánones normativos en la conducción de las indagaciones, ya sea garantizando en sentido estricto, que las libertades fundamentales sean "constreñidas", en este que es un ámbito realmente pre-procesal, dentro de los límites de la reserva de ley».

las partes en una posición de equidistancia frente las solicitudes presentadas. La posición y responsabilidad «activa» de búsqueda de elementos de prueba correspondería al MP que rescata de este modo su posición natural de parte, como corresponde a quien dirige una actividad que asimismo se dirige a formar una «convicción de parte»⁸⁵⁴, fundamento, a su vez, del ejercicio de la acción penal de la que es titular el Ministerio Público. El equilibrio se adquiere por efecto de la construcción de un juez que se distancia de la lógica investigadora, perfectamente en línea con la exigencia de salvaguarda de las indagaciones como actividad de parte⁸⁵⁵. Pues no cabe duda de que la realización de estas actuaciones no son sino una función de parte que llevan a formar la pieza fundamental –el sumario– sobre el que ha de basarse precisamente la «convicción de parte» y el ejercicio de la acción penal y su posterior defensa en la fase oral.

En definitiva, lo que pretendemos poner de manifiesto es el difícil encaje del actual sistema de instrucción penal español con la propia CE y su propio diseño de justicia penal y sistema procesal, basado en los principios de oralidad, contradicción, celeridad etc. Esta fase instructora, de naturaleza inquisitiva, basada en una investigación «jurisdiccional» es, en nuestra opinión, manifiestamente incompatible con los derechos a un juez imparcial, la efectividad de los principios de contradicción e igualdad de armas y con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁸⁵⁶, todos ellos elementos esenciales del derecho fundamental al *due process* o debido proceso⁸⁵⁷.

854. La expresión la tomo prestada de CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación...», *op. cit.*, 22.

855. TAORMINA, Carlo, *Diritto procesuale penale*, *op. cit.*, pg. 346. Lógicamente, en el sistema holandés, los actos de la fase de investigación se considera una función administrativa y, su ejercicio, una actividad de parte. De DOELDER, H., «The Public Prosecutor Service...», *op. cit.*, pg. 197.

856. Acerca de esta cuestión y su relación con la actual instrucción penal, cabe apuntar que son numerosas las pruebas y argumentos que ponen de manifiesto que «el actual modelo de instrucción se ha revelado de una lentitud exasperante, donde la duplicidad de actuaciones, la exhaustiva investigación y la sobrecarga de trabajo difícilmente pueden hacer efectivo el derecho fundamental a un proceso visto en tiempo razonable». FLORES PRADA, I., *El Ministerio...*, *op. cit.*, pg. 499. En este sentido, cabe subrayar que, cuanto menos, la atribución de la investigación al MF evitaría la duplicidad de actuaciones. Una buena recopilación de los argumentos a favor de la atribución de la investigación oficial al MF puede encontrarse en NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, «La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. VI, 1998. Totalmente en contra por ej. DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E., *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001; en contra fundamentalmente por considerar la asunción de la investigación penal por parte del MF español como una función ajena a los cometidos del mismo, pues la configuración constitucional de sus cometidos lo sitúa siempre en el ámbito del proceso y no fuera del mismo (pg. 123).

857. *Ibidem*. pg. 497. Y de ello se percató y así lo admitió el legislador italiano poniendo en marcha las reformas pertinentes. Es importante recordar en este apartado lo que ya ha sido expuesto acerca de la constitucionalización de los principios del debido proceso –haciendo referencia a los contenidos del art. 6 del CEDH– en el art. 111

Sin renunciar a la búsqueda de la verdad material de los hechos, salvo que se quiera seguir defendiendo su búsqueda bajo principios no democráticos –propios de una verdadera inquisición, eso sí «imparcial»⁸⁵⁸– existen al menos dos sólidas razones y, a nuestro juicio, incontrovertibles desde el punto de vista estrictamente legal, para argumentar en defensa de un MF investigador y que resumimos a continuación:

- i) Atribuir la investigación al MF, dota al proceso de una mayor coherencia interna, refuerza los principios constitucionales y redistribuye los poderes de jueces y fiscales, relativizando ambos, a sus verdaderas misiones y funciones. No puede negarse que si la fase instructora o preliminar sirve para la preparación de la acusación, y a ello se dirigen todas sus actuaciones, parece lógico que quien vaya a asumir la posterior acusación en la fase oral y principal del proceso, sea también quien recopile todo el material probatorio con el que va a fundamentar su pretensión, atendiendo prioritariamente a la acusación que vaya a formularse y a las pruebas que se proponga practicar, en todo caso, en el acto del juicio.
- ii) Unificar en un mismo órgano la instrucción y la función acusatoria, si a su vez se le dota al fiscal de amplias facultades de dirección y coordinación de la Policía Judicial, agilizaría sin duda la tramitación de toda esta fase, pudiéndose evitar actuaciones irrelevantes o intrascendentes –de las que están plagadas los sumarios españoles– propiciándose además la posibilidad de la inmediata conclusión de la investigación, tan pronto como el MF estime la improcedencia de formular la acusación –dado que será esta misma autoridad quien vaya a sostenerla– ya sea por motivos de estricta legalidad o por aplicación de un principio de oportunidad reglada⁸⁵⁹.

A todo ello se añade, como hemos venido afirmando repetidas veces,

de la CI y su relación directa con la progresiva transformación del proceso italiano hacia un modelo más acusatorio (que paradójicamente, como sabemos, fue previa).

858. En definitiva, en democracia, independientemente de quien instruya, no se puede renunciar a los derechos de la defensa, incluso en la fase de investigación; indudablemente, estos cobran mucho más sentido y efectividad dentro de una investigación oficial dirigida por un fiscal sin poder jurisdiccional. Pero además, aquellos tiempos en los que cabía argumentar a favor de su limitación bajo el presupuesto de que sólo suponen una traba a la investigación «imparcial» –e «inmaculada» cabría añadir– de todo un órgano judicial como es el Juez de Instrucción, se han acabado. Un buen ejemplo de ello son las denominadas «investigaciones de la defensa» introducidas en Italia por la Ley 397/2000 que quedaron establecidas en el art. 391 quarter a septies, entre otros preceptos del CPP. El material de descargo queda recogido además en el «fascicolo del difensore», que se entrega directamente al g.u.p. y no al g.i.p.

859. DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El Ministerio Fiscal "Director de la Investigación" ...», *op. cit.*, pg. 55. Para ambas razones.

que conforme a esta nueva situación, no se produce la más mínima renuncia a la búsqueda de la verdad material de los hechos –verdadero fin y «*excusa*»– de la investigación, si no prevalecen otros intereses más ocultos y que parecen caracterizar en ocasiones a la situación actual española y que, en todo caso, son propios de las investigaciones de tintes inquisitoriales. Porque si aceptamos la existencia de una investigación imparcial, el fiscal español puede ejercerla de manera más imparcial incluso que el propio Juez de Instrucción, el fiscal italiano y, de modo más coherente que el fiscal holandés.

Y ello es así, en virtud de su configuración como verdadero órgano de relevancia constitucional, de sus principios funcionales –legalidad e imparcialidad– y orgánicos –unidad y dependencia jerárquica– de rango constitucional (art. 124.2 CE), así como en función de la estrecha conexión en la que discurre la conjunción de ambos aspectos, funcional y orgánico, y la de los principios que inspiran la actuación correspondiente.

En primer lugar, hemos de señalar que cuando la CE habla del sometimiento del MF al principio de legalidad, no se está refiriendo al bloque de legalidad que el MF debe defender, como una de sus misiones fundamentales y a cuyo análisis hemos dedicado ya una buena parte de nuestro trabajo. No se está refiriendo a la legalidad como objeto de defensa sino como principio informador de la actividad de la fiscalía. Acerca del significado de la legalidad como principio informador en este ámbito, existe más de una opinión doctrinal y podríamos extendernos al respecto. No obstante, optamos por centrar brevemente nuestro análisis en la visión comparada de dicho principio y en su radical diferencia con los principios de oportunidad y obligatoriedad respectivamente.

En segundo lugar, tanto la legalidad como la imparcialidad son principios que informan la actividad general del órgano de la Fiscalía –por extensión de sus miembros– en el ejercicio de su actividad como órgano autónomo del Estado con relevancia constitucional, dotado de órganos y de principios propios. Puede afirmarse sin temor que el MF como todos los órganos del Estado –y asimismo los ciudadanos– están sujetos al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE). Este es uno de los principios fundamentales del Estado de derecho que, por supuesto, también es aplicable y al que se somete la actuación de los ministerios fiscales italiano y holandés. Sin embargo, en el sistema español, la expresa inclusión de la sujeción a la legalidad en el precepto constitucional referido a esta institución, lejos de ser una reiteración indiferenciada de este principio general, significa la atribución de un principio propio, que dota al MF de un ámbito de actuación específico y, por tanto, de legitimación singular para actuar. La ley y el ordenamiento jurídico, delimitan –en sentido negativo– la actividad del Ministerio Fiscal pero más im-

portante aún, es que asimismo le dotan de la necesaria cobertura legal y de legitimación para el desarrollo de su misiones como órgano; esto es, como sujeto procesal evidentemente, pero también como sujeto constitucional en el ámbito del Estado y de su política criminal⁸⁶⁰. Los términos en los que se expresa el legislador español son, a nuestro juicio determinantes al respecto⁸⁶¹.

Considerando la fase de investigación y la amplia cualidad de atributo que supone semejante principio, para otorgarle competencia sobre la misma al MF, que es de lo se trata de subrayar aquí, ambas circunstancias se ejemplifican de manera nítida: el principio de legalidad aporta una serie de garantías fundamentales, al tiempo que posibilita una configuración dinámica y eficaz de su actividad. En la regulación de una futura investigación oficial dirigida por el Ministerio Fiscal, el principio de legalidad garantiza:

- i) En primer lugar, las fuentes del derecho. Al modo de una reserva de ley, el principio de legalidad obliga al legislador a establecer, mediante los instrumentos jurídicos pertinentes, todas las habilitaciones legales para la intervención del Ministerio Fiscal en cualquiera de sus ámbitos de actuación. Y de modo especial, en lo que se refiere a los actos típicos que configuran esta fase. En este sentido, el principio de seguridad jurídica es máximo. Ahora bien, eso no quiere decir que la legalidad formalmente legitimada tenga un contenido material predefinido. En realidad, desde esta perspectiva, poco se diferencia el fiscal español del holandés, pues el legislador holandés, básicamente, ha establecido en esta fase preliminar una habilitación general para ejercer el principio de oportunidad política desde los fundamentos que inspiran su propio principio de legalidad. Sin embargo, la con-

860. La Administración Pública no fundamenta la cobertura y legitimidad de sus acciones en la ley, sino que ésta opera sobre todo como límite de su actuación. En este sentido para la Administración, la ley es un medio, mientras que para el Ministerio Fiscal la ley es un fin. Por su parte, el Poder Judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional se sujeta única y exclusivamente al ordenamiento jurídico, precisamente al determinar la legalidad aplicable, a la que no se «somete», sino que la «emite», la dictamina, desde la imparcial e independiente valoración del ordenamiento jurídico ante un conflicto de intereses públicos o privados inter subjetivos. Lo que se corresponde perfectamente con el carácter de órgano pasivo de los jueces y con la posición activa del MF y su sometimiento a dicho principio, en la defensa de la legalidad y del interés público, así como en su carácter de parte procesal.

861. «Art. 6: *Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las debidamente actuadas en la medida y la forma en que las leyes lo establezcan. Si el fiscal estimara improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el art. 27*».

«Art. 7: *Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados*».

cepción más normativa de la CE y de sus propios principios, más positivista, permitirían la posibilidad de configurar una fase preliminar dotada de presupuestos que fundamentarían con creces el ejercicio de la oportunidad penal⁸⁶², pero, sin embargo, carece de una habilitación general. La diferencia entre ambos sistemas reside en el contenido del principio de legalidad, pero no necesariamente en que ambas instituciones deban perseverar o acentuar sus diferencias. La «oportunidad» holandesa es una oportunidad reglada, a pesar de su habilitación general, pero lo está mediante instrumentos normativos que difícilmente podríamos considerar en el derecho español incluidos en el principio de legalidad. Y lo mismo sucede con la provisión de medios materiales y humanos u otros mecanismos aplicables a la política investigadora y de ejercicio de la acción penal en esta fase⁸⁶³.

Con respecto al principio de obligatoriedad, nos parece básicamente una mejor decisión constitucional, más rica y llena de posibilidades. No queremos repetirnos en cuestiones que ya se han abordado en más de una ocasión a lo largo de este trabajo al referirnos a este principio en el sistema italiano, así que centrándonos en lo que nos ocupa, cabe concluir que, en dicho modelo, la obligación penal acota de tal modo la aplicación del principio de legalidad en la fase de investigación que acaba por «constreñir» la actuación del Ministerio Público, o si lo formulamos en su versión más negativa, por dejarla a su libre albedrío.

Si se entiende la obligatoriedad como principio funcional básico del MP italiano, como frecuentemente así lo califica la doctrina, la fase de investigación queda bajo la órbita de un fiscal, que por mucho que tenga la obligación de encontrar los elementos de descargo del imputado, se encuentra sometido a un principio que le conduce «inercialmente» a finalizar su actuación en una acusación, máxime cuando, en cumplimiento de su obligación, se encuentra prácticamente huérfano de elementos legales para que le permitan adecuar o valorar su actuación. Y en esta situación de orfandad, por mucho que el fiscal esté obligado por ley a buscar las pruebas de descargo

862. Y existen en el derecho español, en concreto se encuentran en la LO 5/2000. Ya lo hemos mencionado.

863. No estaría de más, y no lo hace mal de momento el MF, lo que ocurre es que aún no tiene esa competencia que permitiría que, una vez atribuida la investigación al MF, aprendiendo del sistema holandés –aunque conforme su propio modo formal de configurar esa legalidad, insistimos– se regularan al detalle y de forma transparente, el modo y los criterios de atribución de destino de los recursos materiales y humanos disponibles para el ejercicio de esta concreta misión. Su influencia positiva, al realizar el balance final de una actividad planificada, es indudable.

del imputado⁸⁶⁴, parece lógico que dicha autoridad tienda a cubrirse las espaldas. Creemos que frente a la irresoluble contradicción psicológica en la que se ve envuelto el MP italiano, al final habrá de decidirse por *tendencias* –y no imparcialidad– pareciendo lógicamente más fuerte la que deba derivarse de un principio constitucional que la de una peculiar obligación legislativa, más bien si acaso dirigida a establecer la objetividad en el ejercicio de la actividad del fiscal que a una obligación de resultados positivos. Situación que ha llevado –con bastante lógica, si tenemos en cuenta que el principio en puridad no se predica de la actividad del órgano sino exclusivamente del ejercicio de la acción penal– a considerar al fiscal como mero órgano colaborador y canalizador de la acción de los tribunales a los que no debe poner obstáculos en el ejercicio del poder jurisdiccional.

Conviene recordar aquí, de nuevo, los denodados esfuerzos de la doctrina italiana por señalar la naturaleza administrativa de esta fase, tratando de evitar así la aplicación de este principio a la investigación, y especulando con la posibilidad de crear cauces para que esta fase pueda «*ser conducida bajo líneas de política criminal*», mediante la vía legislativa claro está⁸⁶⁵. Y su posterior frustración ante la StCC 420/1995 ya comentada. También hemos venido defendiendo en este estudio la posibilidad de interpretar el principio en un ámbito estrictamente procesal, al modo que actúa la obligación del art. 105 de la LECrim para el MF español, lo que seguiría impidiendo la introducción de un criterio de oportunidad política, pero que supondría, a nuestro juicio, una «racionalización» de la obligación bajo criterios de preferencia que precisamente se vinculan a la fase de investigación⁸⁶⁶. Algo perfectamente posible en el seno del MF español.

864. Y cuya justificación precisamente se encuentra «en la naturaleza de parte pública del MP, y en el principio de obligatoriedad, cuya plena realización requiere que el MP realice todas las investigaciones necesarias a fin de evitar la instauración de un proceso superfluo». MONACO, G., *Pubblico Ministero ed...*, *op. cit.*, pg. 186.

865. «*Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*»; P. FERRUA, Torino, 1993, pg. 22. Entre otros autores italianos, ha sostenido esta postura ZANON, N., *Ministero Pubblico...*, *op. cit.*, pgs. 187-193; CARAVITA, Bruno, en «Tra crisi e riforme. Riflessione sul sistema costituzionale», Torino, 1993, pgs. 155 y ss.; CHIAVARIO, M., en «Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà», pgs. 76 y ss., en *Il pubblico ministero oggi*, AA VV, Giuffrè, Milano, 1994. Como ha hecho notar SANTALUCIA, la estrecha interpretación del principio ha derivado, entre otras cuestiones, a que, en contraste con el resto de los delitos, a través de las especiales exigencias de investigación de la criminalidad organizada, el Ministerio Público «pueda guiar a la policía a través de sugerencias y delegaciones en la prospectiva de una eventual evolución procedimental, mas sin un nivel de implicación de este órgano de justicia que lo haga centro autónomo de imputaciones de toma de decisiones de política criminal». «Il potere del Pubblico Ministero di ricerca delle notizie di reato. Tra principi costituzionali e legge processuale»; SANTALUCIA, Giuseppe, *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, pg. 170.

866. VICOLI, D., «Scelte del Pubblico Ministero nella trattazione delle notizie di reato e

- ii) El principio de legalidad garantiza la autonomía del MF y de todos sus miembros⁸⁶⁷. Con ello no pretendemos, en ningún caso, aproximarnos a quienes encuentran en este principio un argumento para apoyar el establecimiento de un estatuto de independencia del MF sobre el Ejecutivo, al modo italiano⁸⁶⁸.

Este principio, además de garantizar un ámbito autónomo de actuación en la que el MF encuentra la legitimidad de todas las actividades, que puede y debe desarrollar como órgano autónomo del Estado al que se la han atribuido unas misiones concretas y que, por tanto, ejerce bajo criterios de discrecionalidad técnica, supone la garantía de protección del órgano y de sus funcionarios frente a cualquier intromisión en su ámbito propio de actuación ajeno a la legalidad. Como subraya SERRANO ALBERCA, J. M., «el sometimiento a la ley es aquí el contrapeso de la unidad y dependencia, incluso con respecto al Gobierno, y de él deriva también su independencia con respecto al órgano juzgador»⁸⁶⁹. A nuestro juicio, en el otro extremo de la independencia, esta interpretación del principio que hacemos nuestra, presupone la relación del MP con el Gobierno y de sus funcionarios entre sí. Y por ello, el ámbito de la legalidad, la aplicación de dicho principio, crea un ámbito de protección en la actuación

art. 112 Cost: Un tentativo di razionalizzazione», *Riv. Dir. e Proc. Pen.*, 2003, pgs. 252 y ss.; también CHIAVARIO, M. en *L'azione penale: tra diritto e politica*, Cedam, 1995, pg. 190, empeñado este autor en la búsqueda de «espacios de maniobra» que pueda consentir el principio constitucional. Lo cual parece ser además la tendencia europea en todos aquellos países donde rige el principio de obligatoriedad penal. LUPÁRIA, L., «Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo», *Riv. Giurisprudenza italiana*, 2002, pg. 1753.

867. Como se desprende del propio texto del artículo y de la motivación de la enmienda de la que es consecuencia (E. núm. 28 del Grupo Comunista, aceptada por la Ponencia y después por el Pleno junto con las EE 163 y 164 del Grupo Parlamentario Socialista): «Por el principio de legalidad queda garantizada tanto la autonomía de la institución respecto del Poder Ejecutivo como el derecho de cualquier funcionario a disentir de órdenes ilegales de sus superiores jerárquicos y tener los cauces adecuados para que sea respetada su fidelidad a la legalidad por encima de cualquier otra consideración». LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.), «Estatuto Orgánico del ministerio Fiscal. Trabajos Parlamentarios», *Publicaciones del Congreso de los Diputados, Secretaría General. Serie I. Trabajos Parlamentarios*, núm. 16, EOMF, pg. 55.
868. Por ejemplo, entre otros autores sustenta esta idea MUÑOZ CALVO, para quien la sujeción al principio de legalidad, de forma similar a lo que ocurre con la obligatoriedad italiana, supone su independencia y la integración del MF en el Poder Judicial. «La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal», en *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo Contencioso-administrativo del Estado, Madrid, 1983, Vol. III, pgs. 2155 y ss.
869. SERRANO ALBERCA, J. M., *Comentarios...*, *op. cit.*, pg. 1823. Quién por cierto continúa: «Su posición procesal, de parte imparcial es así consecuencia de la defensa de la legalidad y del interés público...».

del MF y de cada fiscal. No podría ser de otra manera si hemos de interpretarlo en consonancia con el resto de los principios orgánicos constitucionales: unidad y dependencia jerárquica. Ámbito de protección, cuyo anverso es que genera, por esas mismas razones, un espacio de responsabilidad en la actuación del órgano y de sus miembros⁸⁷⁰.

En nuestra opinión, esta situación ofrece un excelente equilibrio para que el fiscal español asuma la investigación preliminar de los delitos. La legalidad dota a cada fiscal de un ámbito propio de actuación del que se hace responsable, sin que ello sea óbice para que, en una fase plagada de actos decisorios de carácter marcadamente discrecional (ordenar o no un registro, por ejemplo), puedan darse órdenes e instrucciones que generen nuevas y personales responsabilidades. Es sumamente relevante que, en esta fase tan peculiar del procedimiento⁸⁷¹, el fiscal pueda desarrollar su labor con verdadera autonomía y responsabilidad; tanto es así que no solamente puede oponerse a aquellas órdenes contrarias a las leyes, sino también a las que considere improcedentes. No obstante, para ello es condición necesaria que precisamente existan órganos de control ante los que dar cuenta de ello y que, a su vez sean responsables de su propia actuación⁸⁷². El fiscal es el responsable de la conducción de la investi-

870. Discusión que tiende a obviarse y que se deriva del art. 27 EOMF, precepto que, ante la eventual oposición del fiscal al cumplimiento de una determinada instrucción señala que *«si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro fiscal el despacho del asunto a que se refiera»*.

871. Y en realidad preprocesal, y por tanto insistimos una vez más, llena de actos investigativos que poco tienen que ver con una actividad jurisdiccional, y mucho más con actos policiales de investigación que eso sí, deben estar controlados precisamente por quién tiene la misión de defender la legalidad y a ella se encuentra sometido.

872. Al referirnos a la responsabilidad, no se trata de una responsabilidad disciplinaria o incluso judicial, sino de contenido, es decir, basada en las decisiones y actuaciones que efectivamente se han realizado. Una responsabilidad de resultados. La cabeza máxima de esta responsabilidad es evidentemente el Fiscal General. Pero es posible extenderla a todos y cada uno de los fiscales. Para ello, se nos antoja fundamental la carrera basada en el mérito y en el prestigio personal ganado en los años de ejercicio. Y en cuanto al órgano, la Memoria Anual de su actividad debe cuanto menos generar una responsabilidad pública del órgano y de su Fiscal General. Que su anuncio y presentación sean públicos, se nos antoja un tanto escaso desde el punto de vista de ejercicio de rendición de cuentas. Se debería requerir cuanto menos una explicación en sede parlamentaria que detalle la misma con la identificación de los problemas y sus causas. En definitiva, referida a la motivación de las actividades realizadas y a la valoración de las mismas. Incidiendo especialmente en la conducción de las actividades de investigación realizadas. Como hemos visto, así se exige en Holanda. En España bien es cierto que la Memoria de la fiscalía recoge numerosísimos datos estadísticos que reflejan la actividad realizada por cada una de las fiscalías o al menos las más importantes. Otra cuestión distinta es que alguna vez se haya ejercido en sede parlamentaria una exigencia de responsabilidad sobre los resultados que se exhiben.

gación, pero el órgano en su conjunto y en calidad de máximo responsable el Fiscal General, es responsable de que, en esta fase del procedimiento, se cumpla también con los fines que le están encomendados: la defensa de la legalidad, el interés público y la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Muy lejos se encuentra esta interpretación de la obligación penal, que no crea un ámbito autónomo de investigación, sino independiente y, por tanto, en realidad más discrecional, que no genera además ningún espacio de responsabilidad al órgano en su conjunto. Y en realidad tampoco a cada fiscal, cuya labor de investigación, en contadas ocasiones, puede verse sometida a control y menos aún posibilidades tiene aun de generar algún tipo de responsabilidad⁸⁷³.

La concepción holandesa se muestra mucho más cercana a esta perspectiva. El fiscal holandés goza de un amplio campo de actuación, no obstante y debido precisamente a la debilidad del principio de legalidad, parece difícil que pueda desplegar esa misma labor de garantía que se le atribuye al MF español. No debe olvidarse que el Gobierno, en el sistema holandés, puede dictar órdenes concretas en investigaciones específicas y que es de dudosa aplicación incluso el principio de «*la pluma es sierva pero la palabra es libre*», lo que refleja un enorme peso de las órdenes recibidas que pueden estar basadas en elementos de política criminal con una base legal mucho más difusa que en el sistema español⁸⁷⁴. Si bien no por ello ha de generar más indefensión⁸⁷⁵.

873. En Italia, al margen de los supuestos de «avocación» por el superior jerárquico en los casos de delitos «mafiosos», los demás supuestos suponen una actividad muy reducida (arts. 412.1 y 421-bis 2 CPP) y son de escasísima aplicación; máxime cuando se dan además después de la intervención del g.i.p., es decir, cuando en realidad la investigación ya debería haber concluido. Además, son supuestos prácticamente tasados y excepcionales y curiosamente no recae en el Jefe de la Fiscalía sino en el Procuratore Generale correspondiente.

874. Esta es la realidad normativa. Ahora bien, la mayoría de la doctrina holandesa contrapondría a esta situación dos situaciones «de facto» fundamentales: 1. El Gobierno rarísima vez da instrucciones sobre casos concretos. 2. La autonomía de cada fiscal en su ámbito propio de actuación está más que garantizada por cuanto el fiscal holandés también tiene cauces para oponerse a una orden, o al menos para no responsabilizarse de sus consecuencias. Por otro lado, la relación de dependencia con el Ejecutivo o al interno del propio órgano no es una relación de «*orden y mando*», sino más bien de discusión y búsqueda de posturas comunes. MEIJER, *op. cit.*, entrevista personal, mayo 2004.

875. Hay que recordar que precisamente la no consideración las directrices establecidas en las *Guide Lines* es motivo de recurso a favor de la víctima contra el archivo de la causa decretado el fiscal por razones de oportunidad o la falta de motivación de su no aplicación.

– El debate sobre la imparcialidad y su aplicación al MP

Lo hemos dicho ya, se puede sostener que la imparcialidad del MF español «es superior a la de los jueces»⁸⁷⁶, superior a la de los fiscales italianos y superior a la de los fiscales holandeses. Y en este sentido, cabe manifestar nuestro total acuerdo con la afirmación de que la imparcialidad reconocida en la CE es una «imparcialidad colectivamente reflexionada»⁸⁷⁷.

Todos los fiscales son parte en el proceso y todos ellos son portadores de un interés o de unos intereses que defenderán siempre con objetividad. No es de ningún modo posible atribuir al fiscal una imparcialidad procesal análoga a la del juez; ni siquiera a través de un modelo como el de fiscal italiano. O como ya hemos afirmado en otros términos: no es posible predicar la imparcialidad de quien instruye, lo haga quien lo haga, en los mismos términos con los que se define la imparcialidad de quién se encuentra en posición de tomar decisiones jurisdiccionales.

Ya hemos insistido a lo largo de este estudio en que la imparcialidad procesal es una institución jurídica que sólo se entiende y se justifica en el seno de un procedimiento judicial concreto, y sólo predicable tras el establecimiento de un serie de presupuestos orgánicos y funcionales: independencia orgánica (externa e interna); autonomía presupuestaria; inamovilidad funcional; reglas prefijadas de competencia; régimen de abstención y recusación, entre otras cuestiones. Además de que, evidentemente, no concurren en el seno de los ministerios públicos holandés y español estos presupuestos, y con independencia de que pueda discutirse su concurrencia en el fiscal italiano, lo relevante de todo ello es que únicamente dentro de una causa procesal que posiciona a dos partes enfrentadas –lo que no requiere de dos intereses necesariamente enfrentados «antagónicamente», sino de una resolución judicial que ponga fin al conflicto planteado– es donde reside la imparcialidad como genuina cualidad del ejercicio de la potestad jurisdiccio-

876. «La reforma de la LECrim y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal»; GIMENO SENDRA, V., en «El Ministerio Fiscal –Director de la instrucción–», Coord. GIMENO Sendra, V.; Iustel, 2006, pg. 37.

877. GIMENO, ALMAGRO, MORENO Y CORTÉS, «El nuevo proceso penal. Estudios sobre la LO 7/88», Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pg. 70. Como señala Gimeno, «la combinación de los principios unidad e imparcialidad ocasiona que los asuntos puedan o sean debatidos en las "Juntas de Fiscales" [y existen muchas después de la última reforma del EOMF por cierto, aunque Gimeno se refiera únicamente a las "internas" de cada fiscalía] con lo que la imparcialidad del Ministerio Fiscal es una independencia colectivamente reflexionada, frente a la independencia judicial, que por naturaleza, es individual o difusa, diferencia que, en definitiva, se traduce en unas mayores garantías de seguridad y eficacia en la instrucción penal, si ésta fuera desempeñada por el Ministerio Público».

nal⁸⁷⁸. De ahí que la fase de investigación penal, la dirija quien la dirija, incluida la misma acusación, podrá ejercerse con objetividad material, pero no con imparcialidad procesal⁸⁷⁹.

La imparcialidad es un principio que puede predicarse del MP como aspiración programática de la actuación del conjunto del órgano. Es el principio al que el órgano debe sujetarse y el que debe inspirar toda su actividad; y por tanto también cada una de las acciones individuales de sus miembros. Y en el sistema español, no sólo puede sino que debe, pues la imparcialidad es un rasgo básico de su naturaleza constitucional, sobre la cual se ha establecido un estatuto funcional que le dota de autonomía propia como garantía de su misión, no simplemente en calidad de acusador público, sino como garante del conjunto del sistema de justicia. Además, no podemos compartir aquellas opiniones que han querido ver en la imparcialidad del MP un rasgo programático sí, pero también difuso y predicable de otros órganos de distinta naturaleza, quedando asociado a la objetividad. Nuestra opinión es que resulta posible configurar la imparcialidad del MP mediante precisos mecanismos orgánicos e institucionales que la doten de un contenido concreto y permitan una presencia reconocible del principio en la valoración de la actividad de este importantísimo órgano dentro del conjunto del Estado. Rasgo que, por cierto, no es predicable, al menos en los mismos términos, de sus homólogos holandés e italiano. Ni, en realidad, sus legislaciones respectivas así parecen pretenderlo.

La imparcialidad del MP se despliega en el ejercicio de la defensa de los intereses que le están encomendados –que como hemos visto difieren entre los distintos modelos de MP analizados y sobre los que se han depositado distintas expectativas políticas–. Y es posible sostener que siendo el fiscal parte en el proceso, puede ser además un actor imparcial. Pues precisamente es el distinto valor (o contenido) que se atribuye al principio de imparcialidad, lo que permite realizar una distinción fundamental entre los distintos modelos de MP en su actividad procesal –tanto en su función de investigación como en su función acusadora–; el fiscal puede ser parte parcial o parte imparcial en el proceso⁸⁸⁰.

878. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales*, op. cit., pg. 131.

879. Que la actividad del Ministerio Fiscal es una actividad de parte que defiende una interpretación de la legalidad objetiva, pero siempre una interpretación al fin y al cabo (y por tanto necesariamente parcial), lo demuestra el hecho básico de que el juez no tiene porqué plegarse a las peticiones y pretensiones del fiscal, ni siquiera debe considerar o valorar la acción del fiscal como más objetiva que la del abogado defensor, salvo que se quiera reconocer al fiscal una posición *supra parte* y se pretenda del juez una predisposición favorable al fiscal y, en consecuencia, se empiecen a producir inversiones en la carga de la prueba.

880. Como señala PIZZORUSSO, A. «that the prosecutor, in trial proceedings, has the role

Aún no siendo un ejemplo típico ni extremo, a nivel comparativo, sí cabe considerar que el MP holandés responde a un modelo en donde el fiscal es parte parcial. Lo que no quiere decir que actúe de forma arbitraria. Ningún MP puede actuar de forma arbitraria, sino objetiva, en el respeto a la legalidad. Exactamente igual que sucede en el seno de la Administración.

Es preciso volver a señalar que, en todo caso, la imparcialidad del MP no es condición necesaria de un proceso justo y con todas las garantías. Y en este sentido cabe aludir el paradigmático ejemplo de la Fiscalía Federal de los EEUU, sistema basado en una legítima opción política, en donde el fiscal actúa, siempre en el respeto y con lealtad a la legalidad, pero en aplicación de un programa político-criminal predefinido. No se le exige que sea imparcial en la aplicación de la legalidad, sino que ésta sea aplicada a favor de la objetiva ejecución de ese programa político-criminal.

El MP holandés, sin los costes democráticos de los fiscales americanos –elegidos por sufragio universal y situado el modelo americano en el caso más extremo de sujeción a programas políticos– pero desde luego con algunos y, de modo muy similar al que actúa la Administración española en el ejercicio de su función, no pretende la aplicación imparcial de la legalidad y del interés público que de ella se desprende, sino que se implica en la definición del interés público priorizado, en cada caso, según el programa político predefinido; y de lo que deriva un gran poder y autonomía para cada fiscal holandés, tomando como base legal para ello los márgenes que la legalidad permite y que, en el caso holandés, vienen establecidos a través de las *«Guide Lines»*. Bajo el amplio principio de oportunidad que define su actuación, el fiscal adopta una decisión jurídica, pero también política, una decisión al fin y al cabo discrecional, entre las varias posibles. Por supuesto, igual que sucede con la Administración y, de forma mucho más intensa, su discrecionalidad debe moverse en los márgenes estrictamente acotados en el programa definido por los máximos responsables del órgano: el Consejo de Fiscales Generales y el Ministerio de Justicia Y, a su vez, está controlada a través del principio de jerarquía. En todo caso, existe en Holanda una obsesión grande por establecer, sin perjuicio de estos mecanismos, medidas funcionales y orgánicas que permitan lograr unidad en el comportamiento del

of a "party", and as such is ranged against the judge, the accused and the other parties, is significant. Equally significant is the fact that the the prosecutor is different from the other parties being a "public party" (often also termed an "impartial party") distinguished from the "private" parties by the requirement, at all times, to seek out the truth, even if doing so benefits the prosecution's natural adversary in the proceedings (and solely in the proceedings), namely the accused». *«Public prosecution and politics»*. Conference of Prosecutors General of Europe 4th Session. Council of Europe in co-operation with the Prosecutor General of the Slovak Republic. Bratislava 01-03 June, 2003, pg. 2.

conjunto del órgano⁸⁸¹. Por tanto, el fiscal holandés podrá actuar con objetividad en la defensa de los valores que le están encomendados, en la defensa de la legalidad, a través del programa político predefinido que delimita un interés concreto a perseguir en distintas situaciones, pero sin invocar imparcialidad. La dependencia jerárquica del Ministro de Justicia y su posible intervención incluso en casos concretos, precisamente para asegurar la aplicación del interés especificado en el programa político, son rasgos típicos del funcionamiento de la Administración que se prolongan al MP holandés. Un rasgo por consiguiente característico de su naturaleza, íntimamente ligado al fuerte carácter administrativo en la construcción jurídica y constitucional presente en el sistema constitucional holandés, y que tuvimos ocasión de analizar al principio de este trabajo⁸⁸².

Por su parte, el constituyente y el legislador italiano han establecido un sistema donde el fiscal actúa como parte imparcial; no obstante, esta construcción está basada, a nuestro juicio, en una falsa apariencia institucional y, en todo caso, dicho principio no se predica del MP en el derecho positivo. El caso italiano es, desde luego, paradójico. Por un lado, a tenor de su reforma procesal, el legislador parece haber entendido que la imparcialidad de la fase de investigación no reside en la independencia del órgano que investiga, impidiendo como principio general el valor probatorio de las actuaciones del fiscal y asumiendo su condición de parte, sino en la posición de tercero que ocupa el juez de garantías. Admitida por tanto su imposible imparcialidad procesal, por otro lado, la lógica parece descuidarse al pretender que la imparcialidad en el ejercicio de su actividad se desarrolle a través de las garantías de independencia propias de la función judicial. Confundiendo en definitiva ambas funciones y el principio de obligatoriedad, que es a su vez presupuesto de su independencia, con la exclusiva sujeción a las leyes. En el sistema italiano, la discrecionalidad técnica inherente a la función activa que supone tanto investigación de los hechos como la formulación de la acusación y su posterior ejercicio, pero sobre todo de la investigación, introduce una valoración subjetiva y personal en la toma de decisiones que en nada se ve corregida por la independencia del MP y el principio de obligatoriedad, sino que más bien la potencia.

881. Hemos de recordar aquí lo dicho por ej. acerca del programa informático y las directrices que incluye BOS-Polaris, que incluye los modelos de respuesta estandarizada por parte del MP ante conductas punibles.

882. Lo cual no es óbice para que el fiscal, «*cuanto más actúe como fiscal dentro de un caso concreto, más actúa como magistrado*». Ya que todo caso, deberá siempre decidir con base legal sobre cuestiones judiciales. DE DOELDER, Hans, «The Public Prosecutor Service in The Netherlands», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Klüber Law International, The Hague, Vol. 8, Issue 3, pg. 197.

Si la discrecionalidad técnica del juez se admite y se respeta por su independencia sí, pero también por la naturaleza reactiva de su función, su posición de tercero *supra partes* –imparcialidad procesal– y sobre todo como consecuencia de un importantísimo sistema de recursos que pretende corregir toda valoración personal y subjetiva del juez en la búsqueda, precisamente, de una aproximación a la interpretación de la ley en el caso concreto lo más imparcial posible, no existen elementos similares que permitan acercar la función del independiente fiscal italiano al principio de imparcialidad. Es cierto que, alejado del modelo de fiscal holandés, el modelo italiano, desde la construcción de su independencia y bajo el principio de obligatoriedad, parte de un desinterés subjetivo y objetivo que se ve potenciado en la figura del fiscal italiano que, en realidad, no es visto como un defensor de nada –al contrario que sus homólogos– sino como verdadero acusador público, perteneciente a la magistratura, que actúa exclusivamente en aplicación estricta de la legalidad, no siendo parte más que en la relación jurídico-procesal, y adoptando en la relación jurídico-material que supone el análisis del conflicto, una posición totalmente desinteresada y por tanto supuestamente imparcial.

No obstante, quizá deban solicitarse más condiciones. Partiendo de estos enunciados, se podrá predicar del fiscal italiano la objetividad en el ejercicio de su función, pero la presencia de un criterio personal –y subjetivo– como único criterio de interpretación de la ley para la toma de decisiones, en ámbitos donde la discrecionalidad técnica tiene grandes dimensiones, por mucha exigencia que se derive del estricto principio de legalidad y de que la aplicación de la ley sea obligatoria para todos los casos, no garantiza una actuación imparcial, salvo que se pretenda sugerir que la interpretación de la ley es única y fácilmente deducible. Lo cual es una ficción. Por mucho que se le exija al fiscal italiano que actúe guiado por el principio de imparcialidad, éste sólo se aproxima a un comportamiento imparcial si atiende a los criterios mantenidos en sus decisiones anteriores sobre los casos análogos. Lo que significa que en todo caso no se puede predicar el principio de imparcialidad de la actuación del conjunto del MP italiano.

Por ejemplo, cabe sencillamente preguntarse que actuación posee mayores garantías de imparcialidad en un proceso cualquiera donde, como ocurre en cientos de casos, haya que solicitar la prisión provisional como medida cautelar: la del fiscal italiano, cuyos criterios estarán basados en su interpretación de la ley y cuya imparcialidad se basa en su independencia; o la del fiscal español, cuya interpretación de la ley habrá de hacerse además conforme, entre otras cuestiones, a la Instrucción núm. 4 de 15 de abril de 2005 precisamente «sobre motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones

solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación». Instrucción consecuencia de una posición colectiva y reflexionada que cuanto menos garantiza cierta unidad de respuesta dentro de la institución.

Como ya hemos apuntado, si bien no puede predicarse la imparcialidad de la actuación del MP holandés, dada la importante labor que realiza en la definición del interés público en juego, tampoco puede predicarse dicha imparcialidad del MP italiano debido a su naturaleza orgánica.

De acuerdo con CRESPO BARQUERO, la mayor ventaja de un sistema acusatorio en un Estado de Derecho, reside en la capacidad de hacer efectiva, con el debido control judicial, una política criminal ordenada y racional, basada en una interpretación uniforme del derecho de la que puedan beneficiarse o que, en términos de amenaza penal, sea extensible a todos los ciudadanos, en régimen de igualdad⁸⁸³. A nuestro juicio, en la predisposición hacia el logro de estos objetivos –política criminal ordenada, interpretación uniforme de las normas, igualdad ante la ley– es exactamente donde reside la imparcialidad como principio de actuación del MP⁸⁸⁴. Para ello, dentro de la actividad del MP y como labor fundamental, resulta imprescindible unificar los criterios de ejercicio de la acción penal, tanto en la fase de investigación, como en la posterior calificación del delito y acusación. Es lo que la CE denomina en su art. 124 la «*unidad de actuación*» del MF, que mantiene, en nuestra opinión, una relación indisoluble con el principio de imparcialidad, pues actúa como su garantía y es su condición *sine qua non*. En definitiva, el MF español debe ser imparcial en sus planteamientos, en sus criterios de actuación en la defensa de la legalidad y del interés público, siendo además capaz de sostenerlo con unidad de criterio en todas sus intervenciones.

No es que los MP holandés o italiano hayan renunciado a estos objetivos, pero el MF Español se encuentra en una mejor posición institucional para lograrlos. Frente al binomio imparcialidad-independencia, válido exclusivamente en un ámbito procesal, queremos reivindicar aquí el binomio imparcialidad-unidad de actuación en el seno del MF español.

Este binomio se despliega en dos dimensiones, cuya conexión entre ambas se contiene en lo que hemos denominado «*la imparcialidad colectivamente reflexionada*»:

883. CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación...», *op. cit.*, pg. 26. En todo caso, virtud inexistente en Italia y ciertamente más problemática en Holanda comparados con España.

884. De forma muy parecida, el Poder Judicial más allá de su imparcialidad procesal, ha buscado el logro de estos objetivos, la aplicación del principio imparcialidad, a través del principio de *stare decisis*, o en los sistemas continentales, a través de su vinculación a la Jurisprudencia de los TS correspondientes y del recurso de casación para la unificación de doctrina, allí donde existe.

- i) Desde el punto de vista interno, la imparcialidad que acompaña a las correspondientes actuaciones reside en que cada fiscal, en la traducción a cada caso concreto de los intereses que le están encomendados defender, actúe guiado por una posición colectiva, orgánica y de conjunto, que debe aplicar con objetividad y desde el ejercicio de su propia responsabilidad. Al contrario que el fiscal italiano, frente a los importantes márgenes que abre la ley, el fiscal español no debe formar por sí y ante sí un criterio individual desde su propia posición, sino que debe sujetarse a los criterios establecidos por y para el conjunto del órgano a través de las distintas instrucciones y circulares de la Fiscalía General del Estado, así como a través de los criterios de actuación establecidos en las Juntas de Fiscalía o en las instrucciones de los nuevos Fiscales de Sala Delegados (arts. 13, 20 y 22 EOMF)⁸⁸⁵. Para ello el principio de jerarquía, si bien no es el único principio aplicable, resulta fundamental⁸⁸⁶. La implementación en sus decisio-

885. Poco tiene que ver que se pueda criticar la realidad del funcionamiento del MF español, en donde según algunas opiniones «la unidad de actuación se reduce a una genéricas instrucciones –y muchas veces incumplidas, o por lo menos no sujetas a ningún sistema idóneo para asegurar su cumplimiento– del Fiscal General, disueltas en un mapa territorial de reinos de Taifas, causa y resultado de una estructura organizativa absolutamente obsoleta». CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación...», *op. cit.*, pg. 30. Pero ello no es óbice para poner en valor las grandes posibilidades institucionales del MF español frente a sus homólogos, amparado por sus principios constitucionales.

886. Estos principios no se encontrarían en una relación horizontal, sino que en realidad, el principio de dependencia jerárquica se encuentra supeditado al de unidad, por ser el primero meramente instrumental del segundo, mucho más relevante. La dependencia jerárquica no representa un fin en sí misma, sino que es el medio utilizado para asegurar la unidad de actuación de todos los fiscales. Así pareció entenderlo también la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 1/87 cuya redacción comienza en los siguientes términos: «Cuando el artículo 124.2 de la Constitución recoge, como principios a los que debe atenerse al Ministerio Fiscal, entre otros, los de unidad de actuación y dependencia jerárquica, no lo hace como concesión a un caprichosos autoritarismo de la Institución, sino porque está en la base de una función trascendental para el Estado, como es la de conseguir que la ley no sea única sólo en su texto para todo el territorio para el que se dicta, sino que lo sea también, en lo posible, en su aplicación a los casos concretos sometidos al enjuiciamiento de los Tribunales, mediante una interpretación uniforme de sus disposiciones en todos ellos». Lo que se desprende indudablemente de la lectura de los artículos del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que tratan los principios de unidad y dependencia jerárquica (arts. 22-28), es que los fiscales son sustituibles por su superior jerárquico en cualquier momento del proceso (art. 23), que están obligados a cumplir las órdenes e instrucciones que reciben, al menos en sus dictámenes (arts. 25 y 26) y que además éstos tienen un procedimiento específico para responder a estas órdenes, lo que les podría eximir de la responsabilidad su cumplimiento pero nunca de su incumplimiento. Luego quedan obligados por dichas instrucciones u órdenes, aunque las estimen improcedentes. El fundamento de todas estas competencias de mando, es la unidad de actuación, la unidad más importante (frente a la unidad orgánica) pues es la que en puridad ostenta el reconocimiento constitucional (art. 124.2 CE) y que de conformidad con nuestro ordenamiento, es sinónimo de uniformidad de respuesta. El mandato constitucional pretende que la

nes de los criterios derivados de una posición de colectiva en defensa de la legalidad y del interés público, es lo que permite predicar de los fiscales españoles su posición de parte-imparcial en el proceso⁸⁸⁷. En relación a este supuesto el MP holandés, es un modelo relativamente más similar, ya que, también a través de la jerarquía y la unidad de mando de su Consejo de Fiscales Generales, se tiende a la aplicación de las «*Guide Lines*» de manera unitaria. Pero en realidad, de la potencialidad de este sistema, se ha dado cuenta asimismo el legislador italiano, al no renunciar a esta construcción en el seno de la «*Direzione Nazionale Antimafia*», que, como veremos, es el único órgano del «*Ordine Giudiziario*» que funciona bajo el principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

- ii) Desde el punto de vista externo, el debate se desplaza sin duda al modo de establecer los criterios de actuación. Una vez más, no se trata de establecer una política criminal imparcial, lo cual resulta imposible, sino precisamente de garantizar su aplicación de forma imparcial, pues esa es precisamente la misión constitucional del MF: la defensa de la legalidad y del interés público a través de la elaboración de una serie de criterios de actuación de los que pueda predi-

interpretación y aplicación de las leyes sea lo más uniforme posible en todo el territorio nacional, como presupuesto imprescindible del principio de igualdad de todos los españoles ante la ley (art. 14 CE) y como expresión del principio de legalidad y de supremacía de la ley que impregna todo el ordenamiento jurídico español. «Pero sucede que, por un inconsciente seguidismo histórico o por la ausencia de una definición estatutaria que clarifique lo que ha de entenderse por unidad de actuación del Ministerio Fiscal, entre nosotros, se ha vinculado de tal modo la unidad de actuación con la dependencia jerárquica que hemos terminado por identificarla, de facto, con la unidad de mando, tan del gusto de la organización militar». LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales...*, op. cit., pg. 236. Cuestión que, como podremos comprobar, tiene una dimensión muy distinta a la del principio holandés. Bien es cierto que puede establecerse una unidad de actuación bajo circunstancias en las que los sujetos presentes e interesados en el logro de semejante principio, no se relacionen bajo la dependencia jerárquica, sino, por ejemplo, en relaciones horizontales. Por supuesto tampoco es necesaria la unidad de mando. Un buen ejemplo de ello es precisamente el MP holandés como analizaremos. No obstante, queda claro que el legislador español introdujo la dependencia jerárquica y una estructura perfectamente piramidal en la organización interna del Ministerio Fiscal, y no otro tipo de mecanismos, para asegurarse esa unidad de actuación. Aunque ya veremos también que sin duda, la nueva reforma del EOMF (Ley 24/2007) ha introducido una verdadera desconcentración de poder que rompe con la total unidad de mando, consecuencia sobre todo de la introducción del principio de especialización en el seno del MF.

887. Lo que no impide que se establezca un sistema de contrapesos que concilie la unidad de criterio con la legítima diversidad de criterios de cada uno de sus miembros. En Italia simplemente no existe un contrapeso a esta diversidad, seguramente porque «Italia carece todavía de la percepción de la necesidad de establecer una política criminal». ZAPPALÀ, Enzo, «Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio», *Riv. Diritto Penale e Processo*, núm. 7, 1998, pg. 893.

carse su imparcialidad política, social, económica y cultural. A nuestro juicio la imparcialidad no impide en ningún caso establecer prioridades y actuaciones selectivas, pero considerada junto a la unidad de actuación, conlleva la necesidad de una justificación de sus decisiones que sin estar basada única y exclusivamente en la existencia de una política criminal concreta (caso de la administración) que también, conecte con en el cumplimiento de sus misiones constitucionales. En la aplicación del principio de imparcialidad al conjunto del MF se despliega una dimensión material que es, en suma, la verdadera fuente de la legitimidad en su actuación. Igual que el juez es imparcial materialmente a través de la motivación de sus sentencias, a través de las cuales legitima su actuación, el MF debe serlo a través de una elaboración de criterios sustentada en una motivación concreta y directa de la defensa de la legalidad y del interés público. Lo que, en términos prácticos, debe referirse a una interpretación explícita y pública de la política legislativa extraída de las leyes penales –defensa de la legalidad–, así como a la descripción de los objetivos concretos que se pretenden lograr mediante su adecuada aplicación, en defensa de un interés público previamente identificado. Para lo cual nos parece que la introducción de un principio de oportunidad reglada, es un instrumento idóneo. Y ello es así porque, precisamente, a través de dicho instrumento se pueden cumplir con las exigencias mencionadas de explicitud y publicidad en la consecución de determinados objetivos de política criminal, en lugar de seguir actuando bajo una oportunidad de facto, oculta y obligada por la escasez de recursos, que además es fuente de acusaciones políticas acerca de la manipulación del MF y el uso de dichos recursos⁸⁸⁸.

Es indudable que en la elaboración de una política criminal racional y coherente, así como en los criterios de aplicación a través de la investigación penal y del ejercicio de la acusación, es importante delimitar la esfera competencial del propio MF, cuestión que se vincula directamente con la concepción de su propia autonomía y capacidad institucional y, por tanto, con su relación con el Ejecutivo y atribuciones. No obstante, nos ocuparemos de esta discusión en el apartado específico correspondiente de este trabajo, aun-

888. Como tristemente ocurre en muchas ocasiones entre las dos grandes formaciones políticas en nuestro país, el PP y el PSOE. Es frecuente que siempre que surgen casos de corrupción política que afectan a una u otra formación, el partido que está en la oposición acuse al del Gobierno de utilizar y manipular los recursos del MF para realizar «persecuciones» políticas a través de imputaciones penales promovidas por el MF. Lo que en realidad significa no sólo acusar al Gobierno de manipulación, sino al MF de «prevaricación». Así está ocurriendo en el más reciente caso de corrupción política denunciado hasta la fecha: el caso Gürtel.

que cabe evidenciar que consideramos que la «*imparcialidad colectivamente reflexionada*» supone una posición institucional del MF alejada de la independencia, y por tanto de la exigencia de responsabilidad –que no existe más allá de la sanción disciplinaria– y de la nula representatividad política e institucional del caso italiano. Pero también, alejada de la subordinación jerárquica al Gobierno y de la supeditación a sus pretensiones de política criminal. La defensa de la legalidad atribuida al MF español, unida a la interpretación constitucional del principio de legalidad que hemos venido sosteniendo en este trabajo, implica que en todo caso la política criminal del Estado español se establece y, debe derivarse, siempre, de la letra de la ley.

La imparcialidad colectivamente reflexionada supone y trata de explicitar, precisamente, la relación existente entre la función de la elaboración de criterios de actuación que permitan predicar la unidad y la imparcialidad del órgano, con el despliegue de la consecuencia esencial que permite de hecho valorar y controlar la propia imparcialidad del órgano. Es decir, la imparcialidad supone necesariamente un ejercicio de la responsabilidad del MF como órgano de relevancia constitucional, incluida la de los miembros que lo integran. Es en el ejercicio de la responsabilidad pública, política y administrativa por parte del órgano, donde reside una parte fundamental del contenido del principio de imparcialidad, siempre vinculado a un correcto equilibrio entre capacidad de decisión y responsabilidad⁸⁸⁹.

En el caso español, tratándose de una «*responsabilidad colectivamente reflexionada*» parece necesario que, efectivamente, dicha institución se dote de los instrumentos necesarios que permitan y doten de credibilidad y realidad a la idea de que la posición del MF español es fruto de un debate y una reflexión colectiva. No obstante, ya adelantamos que la reforma del EOMF de 2007 ha introducido, a nuestro juicio, algunas mejoras al respecto, incrementando el número de Juntas de Fiscales y, por tanto, de los foros de debate y discusión, promoviendo al mismo tiempo una gran desconcentración de poder en la nueva figura de los Fiscales Jefes de las Comunidades Autónomas. Por supuesto la reforma no ha estado exenta de crítica. Tendremos ocasión de detenernos en este aspecto. Pero en nuestra opinión, en cuanto se refiere a la cuestión de la responsabilidad, la reforma ha dejado intacta la autonomía de cada fiscal con respecto a sus Fiscales Jefes, manteniendo la supremacía jerárquica del Fiscal General del Estado como el órgano que tiene la última

889. Se trata en el fondo del necesario juego de «*check and balances*» presente en todos los principios que forman el sistema democrático y que tan acertadamente señalaba DI FEDERICO en el ámbito que corresponde al MP, al cuestionar el desequilibrio del modelo italiano, que se limita a la promoción del *ius puniendi* del Estado, realizado sin una contraprestación de responsabilidad. DI FEDERICO, G., «Obbligatorietà...», *op. cit.*

palabra en todas y cada una de las cuestiones, pero ha creado también niveles intermedios de responsabilidad y foros intermedios de debate que, el tiempo lo dirá, son susceptibles de dotar de su respectiva responsabilidad a cada miembro-órgano del MF. El Fiscal General será siempre el responsable último pero ya no el único y, en todo caso, igual que el resto de sus miembros, adquirirá una responsabilidad propia cada vez que se aparte de la postura o dirección colectiva. Como afirma CRESPO BARQUERO, éste es además uno de los más poderosos mecanismos de blindaje del conjunto de la institución frente a cualquier intento de manipulación externa⁸⁹⁰.

Por último, cabe añadir un nuevo elemento al contenido debe desplegar la imparcialidad colectivamente reflexionada, estrechamente ligada con la responsabilidad. Se trata de lo que también CRESPO BARQUERO ha dado en calificar como «*el aspecto institucional de la imparcialidad*»⁸⁹¹. El ejercicio de la imparcialidad necesita de un ámbito orgánico que garantice su presencia y permita su desarrollo. Un medio idóneo para su consecución es el de la existencia de un órgano cuyo esquema esté articulado sobre tres premisas: su unidad, tal y como acabamos de hacer notar, pero también la especialización y la territorialidad.

Sin duda, una de las herramientas más eficientes para asegurar el tratamiento imparcial de los asuntos, desde la propia óptica de publicidad y motivación, es la especialización. La capacidad de una fundamentación jurídica sólida deriva sin duda de un conocimiento exhaustivo de la realidad física sobre la que se opera (territorialidad) y del Derecho aplicable (especialización). Ello sin duda otorga a la Fiscalía una protección y legitimidad de *autoritas* que difícilmente puede ser quebrada por intereses espurios y presiones de los entornos políticos y económicos. Si en el MP italiano se ha debatido, muy en la lógica de su construcción, la posibilidad de establecer la predeterminación del fiscal de manera análoga a la del juez –y he ahí su problema de personalización–, ello no deja de lado la imparcialidad, pretendida a través del mencionado binomio de independencia-imparcialidad. La idea del fiscal especializado sin embargo, supone que por un lado, dentro del órgano asume cada asunto quien está en condiciones de despacharlo con mayor solvencia; y por otro lado, el criterio aplicable será aquel que sea fruto

890. CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación...», *op. cit.*, pg. 39.

891. *Ibidem*, pg. 40. En este aspecto institucional se enmarca también la responsabilidad según este autor, con quién estamos de acuerdo y cuya opinión compartimos y de la que somos deudores en este apartado. Tuve además la oportunidad de entrevistarle en dos ocasiones. Desde estas páginas me gustaría agradecerle su amabilidad y disponibilidad. Y por supuesto, lo mucho que me ayudó a comprender estas importantes cuestiones.

de la posición colectiva de los propios fiscales especializados, y sólo bajo expresa motivación de una causa justificada, deliberada y motivada, podrá adoptarse otra posición que, en todo caso, generará responsabilidad. Cabe hacer notar que el principio de independencia judicial justifica que se produzcan decisiones discordantes entre una Sala y otra, o entre una instancia y otra y que, incluso, pueda considerarse manifestación de buena salud del sistema judicial que determinadas resoluciones puedan verse rectificadas, dada precisamente la inevitable personalización de la actividad jurisdiccional. Sin embargo, en el MF español –también en el holandés– el hecho de que un fiscal califique como delito lo que otro archiva constituye una grave anomalía incompatible con la unidad de actuación. La posibilidad de coordinar dicha actuación mediante directrices especializadas abre la puerta a una nueva forma de unidad interpretativa y aplicativa del Derecho, que se traduce en una respuesta técnicamente mejorada para cada caso, más imparcial⁸⁹². No en vano, es evidente que esta coordinación, a nivel estatal, reduce cualquier posible margen de discrecionalidad. Siguiendo la lógica de esta argumentación y, como acabamos de señalar, el propio MP italiano ha tenido que claudicar de todos sus presupuestos y adoptar esta perspectiva para el tratamiento de los delitos de criminalidad mafiosa, creando la «*Direzione Nazionale Antimafia*», con poder de avocación de los asuntos de su competencia, consecuencia de la aplicación de un criterio de especialización y que funciona bajo criterios mucho más unitarios.

Hemos de constatar que, desde esta perspectiva, se ha replanteado un debate doctrinal en términos muy similares con los que ya se plantearon en Holanda, al que ya hemos hecho alusión en este trabajo en un par de ocasiones. Nos estamos refiriendo al debate sobre la idea de reconducir la función de los Fiscales Jefes hacia una labor de coordinación de la acción de especializada de los fiscales, garante de su eficacia, así como de la aplicación de la posición colectivamente reflexionada de la Fiscalía. En definitiva, el Fiscal Jefe, a través de la unidad de actuación, sería el responsable de la aplicación de la política criminal. En términos holandeses, el Fiscal Jefe tendería a asimilarse más a un «*Manager*» que a un fiscal que ejerciera labores judiciales⁸⁹³.

892. Un buen ejemplo de ello es la recién creada Fiscalía de Violencia sobre la Mujer (art. 20 EOMF), que posee unidades especializadas en todas las grandes Fiscalías del territorio nacional y que se encuentran bajo la sola autoridad del Fiscal de Sala Delegado (art. 20 EOMF).

893. Nos referimos a la tendencia al nombramiento de fiscales conocidos por su «*managerial attitude*» como Fiscales Jefes, práctica más que constatada en Holanda. MEIJER, Fiscal Jefe de la Fiscalía de Amsterdam, afirmaba de sí mismo que era uno de los pocos Fiscales Jefes que permanecía reconocido por sus conocimientos «técnico-jurídicos» y no por su capacidad de gestión. MEIJER; entrevista personal, *op. cit.*, Situación que se produce con la creación del órgano de gobierno del MP, el Consejo de Fiscales Generales, y la introducción del «*integral management*» a través de los

Por ejemplo, en lo que a la fase de investigación se refiere, bien podría el Fiscal Jefe abstenerse de conducir personalmente cualquiera de las investigaciones, pero no de controlar la aplicación de los criterios unitarios de la Fiscalía, garantizar y responsabilizarse de un órgano estructurado jerárquicamente que debe actuar de manera unitaria e imparcial. Para ello es importante que pueda producirse una división clara de competencias por vía normativa o a través de instrucciones del Fiscal General que complemente el convencional recurso a la superioridad jerárquica⁸⁹⁴. En este mismo sentido, cuando abordemos la organización del MF español, tendremos ocasión de analizar lo sucedido con la reciente reforma del EOMF en el art. 26 y profundizar en el significado de la supresión de la omnímoda competencia de los Fiscales Jefes sobre sus subordinados.

Mas en todo caso, nos gustaría adelantar que el propio Fiscal General del Estado actual, al valorar la reforma producida, señalaba como uno de sus grandes objetivos el poner fin a un modelo «basado en la omnipotencia del Fiscal General», en favor de un «sistema de dirección más técnica y más colegiada» que pueda profundizar en el plano de la autonomía y de la imparcialidad. El principio de unidad de actuación se vería reforzado precisamente con la introducción de una red de fiscales espacialistas, orgánicamente integrados en las fiscalías territoriales y coordinados por un Fiscal de Sala, en la medida en que esta forma de coordinación «permite una atención más precisa y, justamente, más especializada, a cada uno de los problemas»⁸⁹⁵.

En cuanto a la territorialidad, muchas e importantes han sido asimismo las reformas que en este sentido ha introducido la Ley 24/2007 de modificación del EOMF español. Tendremos ocasión de referirnos a ello al estudiar la organización de los distintos MP. Ya adelantamos que ineludiblemente, la reforma no ha estado exenta de polémica, habiéndose incluso puesto de relieve por algún sector de la doctrina, que la introducción de una dimensión territorial en el seno del MF supone la creación de diecisiete ministerios fiscales, quebrándose precisamente la defendida unidad del MF. Cabe expresar nuestras tímidas dudas al respecto. Como veremos, además de introducir la figura del Fiscal General de la Comunidad Autónoma, se ha creado una red de Fiscalías de ámbito *infra* provincial (Fiscalías de Área) que incluso

ciclos de «*Planning & Control*», de los que los Fiscales Jefes son los primeros responsables.

894. CRESPO BARQUIERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal...», *op. cit.*, pg. 40.

895. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 25, 2008, pg. 4. Comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de 8 de mayo 2008. Y añadía: «La adaptación al mapa geográfico de la Fiscalía al Estado de las Autonomías también favorece la coordinación, al concretar los cauces de comunicación y, sobre todo, los centros de responsabilidad».

podrán desplegar Secciones allí donde se requiera, mejorando así la organización territorial en favor de una mejor respuesta a la realidad de cada ámbito judicial y territorial.

En todo caso, además de haberse explicitado en la ley, a nuestro juicio, de forma bastante adecuada, las relaciones de subordinación que la especialización y la territorialidad han introducido, no se ha quebrado de ningún modo el principio de jerarquía, manteniéndose el principio de que la *«pluma es sierva pero la palabra es libre»*; lo que quiere decir preservar la autonomía de cada fiscal.

La relación del Ministerio Público con el poder político

I. LA NUEVA RELACIÓN ENTRE EL MINISTERIO DE JUSTICIA Y EL MINISTERIO PÚBLICO, EN LA LEY DE 1999 Y EL SENTIDO DE LA REFORMA OPERADA EN EL SISTEMA HOLANDÉS

Es necesario comenzar este epígrafe advirtiendo que la solución no es totalmente coincidente con el contenido que la doctrina suele atribuir al concepto de «*independencia débil*» y que ya hemos mencionado en estas páginas. En este sentido, la situación tradicional y la que anteriormente se producía bajo lo preceptuado en el antiguo artículo 5 de la RO sí respondía más a esta concepción. Como subraya de DOELER –antes de formular una dura crítica a la nueva regulación aprobada y que veremos inmediatamente–, a pesar de que la literalidad del texto del citado artículo no parecía establecer límites a la competencia del Ministro de Justicia de dar órdenes a los miembros del MP –tan sólo se refería a la obligación de cumplirlas– se entendía, que la existencia de competencias propias de los fiscales, derivadas directamente de la ley, vetaban la intervención del Ministro en el terreno de los procedimientos criminales. De este modo, el Ministro, no podía mostrar su desacuerdo con cierta política criminal ejecutada por el Ministerio Público a través del condicionamiento de la actuación del fiscal en el ejercicio de sus propias y autónomas competencias. Estaba aceptado, volviendo a ese extraño principio de legalidad holandés a medio camino entre el derecho positivo y el valor de la costumbre interpretativa, que debía existir una cierta distancia entre el Ministro y este órgano. Desde esta perspectiva, se asumía de forma general que el Ministro, por ejemplo, debía abstenerse de influenciar los contenidos de las alegaciones finales del fiscal⁸⁹⁶. Esta perspectiva sí es coinci-

896. de DOELER, Hans, «The Public Prosecution Service in the Netherlands», pg. 195, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8, issue 3, 2000.

dente en gran medida con aquella de la doctrina española que sostiene que el concepto de independencia débil se corresponde, cuanto menos, con una «*autonomía operativa*» del Ministerio Público. El Gobierno, al modo que sucede con las agencias independientes –paradigmas de este concepto de independencia así como del principio de «*autonomía operativa*»– debe diseñar una política pública cuya implementación a través de dichas agencias, debe asimismo controlar y orientar a mediante mecanismos tenues y genéricos, sobre todo, de naturaleza política⁸⁹⁷. En el caso del Ministerio Público, implica el ejercicio de la responsabilidad gubernamental respecto de los criterios generales de actuación del Ministerio Fiscal, pero también, la total abstención de intervenir en casos concretos, interfiriendo en la autonomía del fiscal.

No obstante, tras la reforma operada, el legislador holandés ha ido más lejos en esta relación, en torno a dos premisas básicas que sustentan la responsabilidad política. Desde su perspectiva, la responsabilidad ministerial como la base para el control democrático, juega un papel esencial tanto en el derecho constitucional como en la práctica diaria. La regla general de su estructura estatal es que se asuma una responsabilidad ministerial total. Y ello, unido a que, para el legislador holandés, «el elemento fundamental de la responsabilidad ministerial es que toda tarea de responsabilidad ha de ir acompañada de un poder. La idea en la que se basa es que la responsabilidad no puede ir más allá de aquello en lo que el Ministro tenga capacidad de influir. Esto quiere decir que, para los órganos que ocupan una posición independiente con respecto del Ministro, el Ministro es únicamente responsable hasta el punto en que pueda influir sobre el órgano. Esto último no quiere decir que el Ministro, en general, aunque no tenga poderes específicos, no mantenga el deber de informar»⁸⁹⁸.

Desde esta perspectiva, la única forma de poder exigir al Ministro de Justicia una total responsabilidad política sobre el MP era ampliar –o más bien clarificar– el ámbito de sus competencias: el Ministro de Justicia puede dictar órdenes de carácter general y también de carácter específico –en supuestos concretos– a los miembros del Ministerio Público. Y efectivamente, no puede negarse en este sentido que exista subordinación jerárquica entre los fiscales y el Ministro de Justicia.

Cabe por tanto preguntarse acerca del modo en que se compagina semejante capacidad ejecutiva con la «*autonomía operativa*» –y con su defensa– del MP holandés, a la que hemos hecho referencia anteriormente. En primer lugar, cabe recordar una vez más que, en el sistema holandés, el Ministro de

897. Díez-PICAZO, L. M., *El poder de acusar...*, op. cit., pgs. 176 y 177.

898. Parl. Docs., pg. 15.

Justicia no tiene el control orgánico del MP. Los fiscales y el MP pertenecen al Poder Judicial y, en este sentido, nos encontramos ante una institución con autonomía organizativa que funciona a través de sus órganos propios. En segundo lugar, el Ministro de Justicia está absolutamente controlado democrática –y jurídicamente– en el ejercicio de sus facultades, lo que permite al fiscal mantener su propia autonomía y criterio. Es decir, existe un proceso transparente de toma de decisiones que permite identificar la participación, los criterios y los sujetos responsables de las mismas. Algo esencial de lo que a menudo parece carecer el MF español.

La nueva regulación aludida, se contiene en los nuevos artículos 127 y 128 de la RO (1999)⁸⁹⁹. Del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende que el Ministro de Justicia tiene capacidad para dictar órdenes de todo tipo: de política general, de política concreta, sobre decisiones judiciales para casos, en general, o para casos concretos, ya sea para proseguir con la investigación y la acusación, ya sea para proceder a su desistimiento, y que no plantea ya ninguna duda sobre los poderes totales que se atribuyen al Ministro de Justicia. Como establece la Exposición de motivos de la citada ley y sin que se produzca un verdadero cambio sustantivo respecto a la situación anterior el poder del Ministro para dictar órdenes de carácter general y órdenes especiales «ha sido establecido de manera expresa». Y por supuesto, en

899. Art. 127 RO: «Our Minister of Justice can give special instructions concerning the execution of the task and jurisdiction of the public prosecution service».

art. 128 RO: «1. Our Minister of Justice gives the Board of procurators-general the opportunity to make its view known in actual cases before he gives an instruction regarding the investigation or prosecution of criminal offences.

2. Our Minister informs the Board of procurators-general in writing about the intended instruction and gives a justification for it. Our Minister can set a time limit on the Board for expressing their viewpoint. The viewpoint of the Board will be given in writing and will be justified.

3. An instruction, as meant in the first paragraph, will be given in writing and will be justified.

4. It is only when the instruction, because of the necessary urgency, cannot be given in writing that it can be given orally. In that case it will be written down as soon as possible, but in any event within a week after. The preceding is to be applied by analogy to the announcement of an intended instruction by our Minister and for the Board giving the viewpoint.

5. The instruction, meant in the first paragraph, together with the intended instruction and the viewpoint of the Board, will be added to the court documents by the public prosecutor. In so far as the interest of the State is in opposition to the opinion of the Minister, the addition to the court documents will not take place, provided that in that event a statement will be added to the court documents proving that an instruction has been given.

6. When it concerns an instruction not to prosecute or not go further prosecute, our Minister informs the States General as soon as possible of the instruction, the intended instruction, and the viewpoint of the Board, in so far as the provision of the concerned documents does not conflict with the interest of the State».

Se ha optado por no traducir el texto al castellano; cabe recordar que la traducción al inglés de esta ley la realizó el Servicio de Traducción del Wiarda Institute de la Universidad de Utrecht.

lo que se refiere a la relación jurídica establecida para este propósito entre el Ministro y el Ministerio Público, aquellos a los que se dirige la orden están obligados a cumplirla. De este modo, el poder del Ministro de dar órdenes no está en principio restringido. No obstante, de manera distinta a como ocurría en la ley precedente, dar órdenes en circunstancias extraordinarias ha quedado sometido a fuertes controles procesales. Mas como contrapartida, se subraya que «las Cámaras Generales no solo podrán llamar al Ministro para dar cuenta de cuestiones políticas sino también, incidentalmente, para rendir cuentas sobre procesos criminales concretos»⁹⁰⁰ referidas a la actuación del MP, evidentemente.

Partiendo de la propia argumentación del legislador, así como de las distintas opiniones autorizadas que este poder ministerial, aparentemente omnímodo, ha suscitado en la doctrina, conviene aclarar un poco más los términos de esta relación.

En lo que se refiere al significado de la reforma, tanto la doctrina como el legislador han subrayado, en líneas generales, dos cuestiones básicas. En primer lugar, que esta regulación se dicta expresamente en consonancia con el proceso de reestructuración integral producido, y que aborda la aplicación del principio de jerarquía de un modo diverso, a través de nuevos órganos de una fiscalía hasta entonces desestructurada, en busca de una mayor eficacia, de una respuesta unitaria y de una mayor capacidad, sobre todo, para enfrentarse a los nuevos retos, por ejemplo, el crimen organizado y los altos índices de criminalidad registrados. Tendremos ocasión de ampliar esta cuestión cuando abordemos más detenidamente la reestructuración acometida. En segundo lugar cabe afirmar que, en lo que se refiere a los «nuevos» poderes del Ministro, realmente éstos no son tan originales en la práctica. Esta nueva regulación viene fundamentalmente determinada por el deseo de poner fin a una polémica –así lo afirma categóricamente VERHEY⁹⁰¹ y, en el mismo sentido, se manifiesta la inmensa mayoría de la doctrina–, con el fin de clarificar una situación que, de facto, ya ocurría, en virtud de las zonas «grises» existentes en el ordenamiento jurídico holandés⁹⁰². Y ante las críticas

900. Parl. Docs. *op. cit.*, pg. 16. Queda claro además, que cualquier orden en un caso concreto, se considera una «orden especial», es decir, una orden «en circunstancias extraordinarias».

901. VERHEY, L.; entrevista personal. Marzo 2004.

902. MEIJER, E.; entrevista personal. Como señala este Fiscal General de Amsterdam, «ha habido discusiones sobre la relación entre el Ministro y el Ministerio Público desde que éste existe, las había desde luego en relación al artículo 5 de la anterior legislación y la nueva ley finalmente establece de manera clara esa relación. Y ello, junto con la creación del Consejo de Fiscales Generales, que es el mecanismo para articular dicha relación, son, sin duda, los dos elementos más importantes de la nueva regulación».

que se habían vertido acerca de esta nueva situación, los responsables de la letra de la ley se esforzaban por recordar el peligro de las zonas grises del ordenamiento, que llevaban a comportamientos alegales –como son las llamadas telefónicas que no constan como producidas– de presión por parte del Gobierno sobre los fiscales, que acababan siempre «preguntándose sobre el significado de estos "contactos" y acerca del modo en que debían actuar». El juicio mayoritario, y a tenor de la nueva legislación creemos que es cierto, es que con la nueva ley esta situación ha desaparecido. Y en todo caso, «la influencia ministerial ya existía antes de la ley»⁹⁰³.

Lo que supone por tanto esta nueva regulación en el sistema holandés es la intención de acabar con esta polémica y clarificar los términos de la relación entre ambas instituciones, aceptando de forma nítida, no obstante, un viejo argumento funcional del Ministerio Público que puso de manifiesto el Comité Scheltema⁹⁰⁴, según el cual «el Ministro de Justicia por regla general no se inmiscuirá en las decisiones del Ministerio Público referidas a la promoción de los procedimientos. De todos modos, el Comité considera muy importante el hecho de que cuando el Ministerio Público actúa, existen aspectos legales fundamentales en juego sobre los que el fiscal tiene una proporción considerable de libertad política ("*policy freedom*") , que no puede ser completamente regulada por las normas. De acuerdo con el Comité, este es el fundamento por el que se mantiene el control ministerial sobre el MP»⁹⁰⁵.

Por tanto, la actividad del Ministerio Público presenta grandes cuotas de discrecionalidad, lo cual es más cierto si cabe en el caso holandés, no regulable mediante normas y que requiere de otros controles por parte de un órgano, capaz no ya de responder de los actos del órgano al que controla, sino de los suyos propios en el ejercicio de su labor de control. Esta precisión es, a nuestro juicio, fundamental. En este sentido, el legislador holandés parece tener claro que, en esta relación, si está basada en un criterio funcional «la implicación ministerial varía dependiendo del tipo de actividad. En este contexto, debe hacerse una distinción entre la política que debe implementar el Ministerio Público y las acciones del MP, en casos penales particulares»⁹⁰⁶. Y refiriéndonos a estas últimas, como hace la propia ley, hay que

903. BERGHUIS, B.; entrevista personal. Mayo 2004. Sobre la «*inseguridad*» jurídica que provenía del art. 5 y el hecho de la existencia de las llamadas telefónicas desde el Ministerio a las fiscalías, también insistió en términos parecidos MEIJER, quien tiene una dilatada experiencia como fiscal.

904. Ya vimos que los pasos que siguió la reforma integral de la Judicatura holandesa y los distintos Comités que trataron los diversos aspectos de la misma. El Comité Scheltema fue el encargado de estudiar la reforma del MP. (Ver *Infra*, Cap. Segundo. Ap. 1).

905. Parl. Docs., *op. cit.*, pg. 16.

906. *Ibidem*, pg. 16.

distinguir entre la acción del Ministro encaminada a promover la acusación, de aquella que pretende su desistimiento, a través de la ampliación al control parlamentario de la orden de desistimiento o interrupción de la causa (art. 128.6 RO).

En cuanto a la cuestión de la política criminal, o acusatoria, no se produce desde luego nada que pueda sorprendernos. Con la introducción del «*integral management*» fruto de la reorganización de la institución, se persigue la ya mencionada clarificación de la distinción entre «*responsabilidad pública*» y «*responsabilidad política*» que corresponde a cada órgano respectivamente. A través de los ciclos de «*planning and control*» el Ministro y el Consejo de Fiscales, conjuntamente, establecen bianualmente la política criminal, el presupuesto y medios personales y técnicos de las fiscalías. La política criminal abarca desde las relaciones del MP con los tribunales, esto es, los modos generales de afrontar la actividad acusatoria durante ese período, así como la política a seguir con respecto a criminales y víctimas, las relaciones con los alcaldes y la policía –*Tripartite Consultations*– etc. Todo ello, a través de una actividad de continua consulta entre el Ministerio y la Fiscalía⁹⁰⁷. Toda esta política es pública y se establece a través de las «*Guide Lines*», continuamente mencionadas, acordadas entre el Ministro y el Consejo. Evidentemente, la primera de las responsabilidades políticas que asume el Ministro es la de los propios contenidos de las «*Guide Lines*»⁹⁰⁸. Por su parte, el MP asume a través del Consejo, como propia, la misma política pactada. Asume sus propios compromisos públicos y, desde su propia autonomía, debe orientar su gestión a conseguirlos. Y en estos supuestos relacionados con la política establecida, ya sean generales o concretos, «es natural que sea el Consejo y no el Ministro quien dicte las órdenes que vayan siendo precisas»⁹⁰⁹. De este modo, tras la intensa consulta realizada con el Ministerio Público, el Ministro está preparado para rendir cuentas de la política desarrollada en el cumplimiento

907. *Ibidem*, pg. 17. La obligación de informar al Ministro por parte del Consejo y la correlativa obligación de los fiscales de informar al Consejo de todo lo que soliciten, está recogida en el art. 129 RO. Además, las «consideraciones y recomendaciones» acerca de las ocasiones y ejemplos en los que MP y el MJ deben mantener consultas, están referenciadas a lo largo de todo el texto, por ejemplo, en los casos de eutanasia. Y las expectativas para la resolución de conflictos de manera previa a los procesos concretos, son asimismo amplias a través del uso de dichos mecanismos. Nos encontramos ante un ejemplo más de ese «*permanent group therapy*» con que se define, jocosamente, la política y prácticas holandesa.

908. Y que pueden tener contenidos más o menos polémicos: por ejemplo, cual vaya a ser la política de tolerancia con los «*Coffee Shops*» o con el «*sex bussiness*». Hay que recordar que simplemente con entrar en la página web del MP holandés –*www.om.nl*–, en «la pestaña» correspondiente a las «*Beleid regels*» pueden leerse las más recientes «*Guide Lines*». En la misma y dentro de la misma pestaña se encuentra toda la información y el propio software del BOS-POLARIS.

909. Parl. Docs., pg. 19.

de la legislación penal, para los distintos períodos establecidos. En este ciclo, las Cámaras Generales pueden periódicamente controlar la prometida ejecución de las políticas establecidas, «en lo que también juega un papel fundamental el MP. Sus memorias anuales son un instrumento fundamental del control parlamentario»⁹¹⁰.

Refiriéndonos ahora a la posibilidad de que el Ministro pueda dictar órdenes concretas en procesos particulares, debe no obstante realizarse una precisión previa que ayudará a entender la importancia del significado de la pertenencia del MP al poder judicial y que, a nuestro juicio, complementará básicamente las razones que fundamentan la pretendida defensa de la existencia de una verdadera autonomía en el modelo del fiscal holandés.

Como el legislador holandés pone expresamente de manifiesto (art. 128 RO), el Ministro y las Cámaras legislativas, juegan un papel distinto en lo que se refiere a los diferentes supuestos concretos. A nadie se le pasa por alto que la relación del MP con el tribunal independiente es la base del proceso penal. En este sentido, el Ministerio Público tiene la obligación de mostrar ante el tribunal los argumentos de derecho positivo tomados en consideración para la adopción de sus decisiones. En el contexto del proceso criminal, es crucial en el Estado de derecho que el Ministerio Público tenga autonomía y libertad para fundamentar legalmente los argumentos en los que basar su pretensión. Y es el juez, y no otro órgano, el único encargado de enjuiciar, con la ley en la mano, las acciones del fiscal, tanto durante la investigación, como después en la causa. Por todo ello, «el legislador atribuye la decisión de activar el proceso penal no al Ministro de Justicia, sino al Ministerio Público como poder independiente... El fiscal no actúa "en nombre del Ministro", sino bajo la autoridad del Ministro», determinada en la ley. «Ello ilustra que no se trata de una organización que actúa por mandato ministerial»⁹¹¹, sino por mandato del legislador. Y acerca de esta cuestión insiste toda la doctrina holandesa, al subrayar que la legitimidad democrática del Ministerio Fiscal para actuar, proviene de las competencias otorgadas por ley a sus representantes, y no de la responsabilidad política última del Ministro⁹¹². Es decir, el Ministerio Fiscal no pertenece a la estructura organizativa del Ministerio, ni los fiscales son sus funcionarios.

En este sentido, el Ministro tiene la facultad de intervenir en el proceso penal mediante una orden vinculante al fiscal –a través del Consejo de Fiscales Generales– quien actúa como «vehículo» procesal para hacer valer la pre-

910. *Ibidem*, op. cit., pg. 17.

911. *Ibidem*, op. cit., pg. 17.

912. VERHEY, LANGBROEK, BRUISMA, BERGHUIS, B., MEIJER O BESSELINK, todos manifestaron su acuerdo en este punto.

tensión ministerial, pero no es el representante, el valedor, de dicha pretensión. Buena prueba de ello es la presentación como tales y por separado en caso de ser discordantes, tanto de la orden ministerial y de sus argumentos, como del criterio y alegaciones del Consejo, en el escrito final del proceso. Esta orden ministerial no es por cierto recurrible en vía administrativa, lo que prueba su distinta naturaleza, pues está evidentemente sometida al propio control judicial del proceso del que forma parte como petición de la acusación. Es cierto que entre el Ministro y el Consejo se suplanta la propia voluntad del fiscal. No obstante, sin olvidar el hecho de que el fiscal está obligado en sus alegaciones orales finales a actuar en conformidad con la orden recibida, es libre para llamar la atención del juez sobre los aspectos jurídicos que considere de mayor relevancia, según presupuestos objetivos. El fiscal además, durante la fase oral –llamando la atención sobre los documentos presentados en el caso– explicará los distintos aspectos que han jugado un papel relevante en la adopción de la postura finalmente adoptada⁹¹³. Esta construcción, respecto de la que cabe de nuevo resaltar el hecho de que ambas pretensiones se presenten por separado –y de ese modo las conozca el juez–, junto a la opinión del fiscal encargado del proceso asumida en base al criterio del Consejo –superior jerárquico en un órgano unitario y que sin duda habrá sido tomada en consideración– preserva tanto la autonomía del Ministerio Público como institución frente al Ministro de Justicia, como el ámbito competencial del fiscal, conforme al mandato legislativo⁹¹⁴.

Una vez realizada esta importante aclaración, el legislador holandés para apoyar sus argumentos, deja constancia, no obstante, del aumento de la discrecionalidad que el MP ha ido adquiriendo con el paso del tiempo⁹¹⁵. Cuestión que invita a plantear la suficiencia de la garantía del art. 12 del Código de Procedimiento Criminal, según el cual, la parte interesada puede recurrir ante el Tribunal de Apelación la decisión del fiscal de no acusar o de desistir de ella, pero que no resulta aplicable si el caso ni siquiera entra en la fase

913. Parl. Docs., pg. 20. Se trata de una original interpretación holandesa, como siempre, del principio ya clásico de *«la plume est servie mais la parole est libre»*. Cuando tuve ocasión de preguntarle acerca de la aplicación de este principio a E. MEIJER, me respondió en términos casi exactos a los aquí reproducidos. Entrevista personal, mayo 2004.

914. Como señala el legislador, «estos procesos están regulados de manera que el juez y otras partes interesadas puedan tener conocimiento del proceso decisorio». Parl. Docs. *op. cit.*, pg. 19.

915. *Ibidem*, pg. 17. Si «hace algunas décadas, la regla general del MP era aún que la apariencia de un delito tenía como resultado, con excepciones incidentales, la apertura de un proceso penal, en la situación actual, las relaciones son diferentes. Un fuerte aumento de las normas penales y de los índices de criminalidad, han tenido el efecto inevitable de que el MP –mediante la aplicación del principio de oportunidad– haya tenido que aumentar la exigencia de los criterios de selección de los casos que deba llevar ante el tribunal».

de instrucción. Dada esta situación, el legislador ha considerado que «la relevancia de la opción del control democrático ha aumentado». Todo ello, sustrayendo al mismo tiempo, que una frecuente intervención en los procedimientos criminales concretos por parte del Ministro, además de plantear problemas prácticos, «está en conflicto con el sistema penal actual, en donde las decisiones en este ámbito corresponden según el legislador, por razones propias del estado de derecho, al fiscal»⁹¹⁶.

A nuestro juicio se trata, en realidad, de establecer un principio de oportunidad «*casi reglada*». No obstante, muy al modo holandés, en lugar de establecer una nueva norma que limite o controle la aplicación de este principio –limitándolo, por ejemplo, para ciertos supuestos y cuya fiscalización permanezca en el ámbito judicial–⁹¹⁷ ha preferido promover un control político que responda a un debate público y establecer un compromiso también político para casos «*sensibles*» y de «*interés general*». En todo caso, hay que insistir en la nítida distinción que se produce en la relación entre el Ministro y el Ministerio Fiscal, y el poder, en última instancia, que ejerce el primero de dictar órdenes concretas. Mediante la nueva regulación en el sistema holandés, lo que se pretende es fomentar la relación de consulta entre ambas instituciones y que, a través de dicho procedimiento, se discutan la mayoría de los casos, conduciendo a que «*esta política lleve a consensos*»⁹¹⁸.

Desde dicha perspectiva, la doctrina holandesa parece mostrarse bastante de acuerdo, e incluso, satisfecha. Como señala MEIJER, la clara aceptación de la relación entre ambos órganos, junto a los mecanismos de responsabilidad del MJ ante el Parlamento y los controles establecidos en relación a las órdenes del MJ, mediante la facultad reconocida al Consejo de expresar su propio parecer, hacen que la relación «esté muy clara en estos momentos». Y que incluso pueda pensarse que «los problemas que han existido desde hace años están ya finalmente resueltos [...] Al fin y al cabo, lo que hace la ley es dejar claro cuándo se produce un desacuerdo entre el Ministro y el Consejo»⁹¹⁹. Para BERGHUIS, B., desde una perspectiva democrática, la situación anterior dejaba al MP en una posición ambigua. La nueva legislación

916. *Ibidem*, pg. 17.

917. Modo según el cual, en coherencia con lo que hemos venido afirmando, es el único modo de insertar este principio en el ámbito penal español.

918. Parl. Docs.; pg. 18. Tal y como concluye el documento citado (pg. 22) «es importante que no se extraiga la impresión de que, en el futuro la relación entre el MJ y el M. estará sustentada sobre todo en las órdenes ministeriales. Se materializa lo opuesto. La nueva organización del MP permite a las partes implicadas, mejor que en la situación anterior, tras las consultas adecuadas, llegar a acuerdos en la política que debe desarrollar el MP. Como resultado de esta situación, existirán aún menos razones que en el período anterior, para dictar órdenes ministeriales».

919. E. MEIJER, *op. cit.*, entrevista personal (Marzo 2004).

clarifica esta posición de responsabilizar políticamente al MJ, por la acción del MP, poniendo de relieve asimismo que «fue una petición nuestra», es decir del MP. Y aunque ello tiene su contrapartida en la atribución del MJ de dictar órdenes al MP, consideraba sin dudar que la capacidad por parte del Consejo de solicitar por escrito cualquier tipo de orden del MJ, siempre que exista desacuerdo entre ambos, pudiéndole instar a que si pretende hacer otra cosa distinta, escriba la orden, «le otorga al MP una enorme cantidad de poder»⁹²⁰. Al mismo tiempo que clarifica las responsabilidades añadiríamos, un hecho por otra parte relevante que parecen apreciar sobre todo, más que los académicos, los propios integrantes del MP. Esta situación permite además, según algunas otras opiniones doctrinales, reafirmar el carácter judicial del fiscal. Como señalaba VERHEY, calificando la solución «de compromiso», como típicamente holandesa y ligada al carácter dual del MP, «en la práctica, el fiscal tiene en gran medida un estatuto independiente; toman sus propias decisiones sin intervención política, decisiones sobre la investigación, la acusación, dan instrucciones a la policía, todo tipo de decisiones en el ámbito del derecho penal»⁹²¹.

No obstante, también se registran algunas críticas relevantes en la doc-

920. BERGHUIS, B., *op. cit.*, entrevista personal (Marzo 2004), quien aseguraba que el hecho de que las órdenes fueran escritas y públicas, conlleva sin duda un efecto muy disuasorio en el Ministerio, a la hora de llevar su desacuerdo con el Consejo hasta sus últimas consecuencias. Este mismo profesor efectuaba además una defensa a ultranza del sistema holandés frente al italiano, en el sentido de considerar que éste promueve una más equilibrada relación entre el Ministerio Público y la política, una relación siempre tensa e irresoluble, que los holandeses resuelven de manera «abierto y respetuosa». También a LANGBROEK le parece «una situación perfectamente soportable», el hecho de que exista una implicación política en los casos especialmente sensibles de política criminal –eutanasia, por ejemplo– (entrevista personal). Y BRUINSMA, F. subraya, con respecto a estos casos, la «zona gris» en la que se movían algunos doctores, la sensibilidad política que ello generaba y la necesidad de una necesaria toma de postura por parte del MJ entrevistas personales (2004).

921. VERHEY, L.; entrevista personal. Para BERGHUIS, B. existe siempre una tensión en la que el MP debe defender su posición jurisdiccional frente a los criterios políticos con los que intenta persuadirle el Ministro. Deben tratar en definitiva, de hacer comprender al Ministro «que trabajamos con él, pero que no somos sus funcionarios. El tiene motivaciones políticas, nosotros tenemos motivaciones jurídicas. Nuestros roles son complementarios, es lo que siempre le tratamos de explicar. Pero no cabe duda de que al Ministro le encantaría que hiciésemos lo que él quiera, de hecho nos odian. Es broma. En definitiva, siempre estamos debatiendo sobre nuestras posiciones». Entrevista personal. Desde una opinión realmente pragmática, característica asimismo de la cultura holandesa, afirmaba LANGBROEK que «el hecho de que el MJ pueda dictar órdenes al MP, no significa en ningún caso que vaya a desaprovecharse el capital personal que atesora la institución y sus miembros, convirtiéndolos en meros funcionarios gubernamentales subordinados». LANGBROEK, entrevista personal (2004). Y como señalaba expresamente BRUINSMA, F., las «órdenes en casos concretos», juegan casi un «papel simbólico». BRUINSMA, F., entrevista personal (2004). Muy en la línea de la pretensión del legislador, o también la de MEIJER, de que esta regulación lo que fomenta es la consulta constante y el debate, y no el ejercicio autoritario del MJ.

trina holandesa al respecto. Para de DOELER, la intervención del MJ y la intervención del Parlamento son absolutamente innecesarias. Si el fiscal debe tener en cuenta todos los elementos del proceso y presentarlos de este modo al juez, el proceso se encuentra perfectamente a salvo en sus manos, convirtiendo la intervención del MJ en las alegaciones finales del fiscal en algo innecesario e «*indeseable*». Y en cuanto a la intervención del Ministro antes de la fase previa –no sujeta por tanto al control del art. 12 CPC– ya sea mediante una orden dictada en positivo de continuar la causa, o en negativo, el citado autor subraya que «otros órganos podrían haber suplido esta falta de control judicial de forma más eficiente, por ejemplo, el defensor del pueblo o una comisión supervisora del propio Consejo. Incluso un procedimiento especial ante los juzgados de distrito podría haber sido una solución para este problema»⁹²². En este mismo sentido, BERGHUIS, B. pone de manifiesto que una de las peticiones de la Fiscalía que finalmente no se plasmaron en la ley fue, precisamente, la de incluir un control judicial a la orden del MJ de no iniciar el procedimiento –fuera del art. 12 del CPP–, en lugar del control parlamentario que finalmente se estableció⁹²³. Para BESSELINK, si bien se pretendía resolver un conflicto en la esfera del principio de separación de poderes, aunque en la literalidad de la ley parezcan resueltos, éstos persisten. Puede producirse incluso más controversia potencial. El problema simplemente se ha trasladado. La asunción de semejante responsabilidad por parte del MJ puede fomentar que el MP entre a formar parte de los elementos con los que debilitar al MJ, y por tanto, forme parte del mero juego político. Lo cual, en ningún caso, es deseable que le ocurra al MP⁹²⁴.

Por último, además de los controles que establece el art. 128 RO, en relación a las órdenes que dicta el MJ existen, por supuesto, muchos otros límites legales en su ejercicio. El Ministro, en el ejercicio de sus competencias, está en todo caso sujeto a los límites de la legislación en vigor, los tratados internacionales y los principios generales del derecho.

En lo que se refiere a los tratados internacionales, El Convenio Europeo

922. de DOELDER, H., «The Public Prosecution Service...», *op. cit.*, pg. 198. Esta crítica sostiene una visión del fiscal cuya misión «no es servir a objetivos políticos cortoplacistas. Su único objetivo debería ser fundamentalmente mantener y servir a la legalidad. El fiscal no es un hostigador del crimen, sino un funcionario de la aplicación del derecho. El rol de magistrado o judicial del fiscal conllevan cierta distancia de la administración y de la política. En el ejercicio de su función, el fiscal debe poner énfasis en la función de garantía que supone el derecho penal, antes que apoyar al legislativo en los objetivos sociales previstos»; y que ejecuta el Gobierno, pg. 196.

923. BERGHUIS, B.; entrevista personal.

924. BESSELINK, L.; entrevista personal. Reconocía BESSELINK que la responsabilidad de esta situación no puede solamente remitirse a la ley. El aumento del interés de la opinión pública por cuestiones de justicia, es asimismo un elemento de igual importancia. Fenómeno al que la ley pretende responder.

de Derechos Humanos ha sido desde hace años un instrumento de gran fuerza jurídica en el derecho holandés –como hemos visto, situado prácticamente en el «*bloque de constitucionalidad*»–. En este sentido, el MJ está limitado temporalmente en el ejercicio de sus competencias. No podrá dictar una orden si el derecho del acusado a un proceso sin dilaciones indebidas –tal y como lo reconocen los arts. 6.1 CEDH y 14.3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– fuera violado por la misma. Hecho que sucede cuando, en un caso concreto, la orden lleve a infringir los criterios judiciales de temporalidad vigentes y, por tanto, menoscabe la calidad de la actuación del propio Ministerio Público⁹²⁵.

Por supuesto, el MJ está además sometido en su actuación a los mismos principios generales a los que se somete el MP. Como señala la jurisprudencia del TS los fiscales en su actuación están limitados, además de por los principios que emanan de las leyes y tratados, por principios generales no escritos o principios de un proceso con todas las garantías –«*guisto proceso*» o «*proper procedural law*»–. Como establece la jurisprudencia holandesa al respecto, «*esto incluye el principio de expectativas legítimas, el principio de igualdad, la prohibición del abuso de poder, o de la aplicación del principio de arbitrariedad*»⁹²⁶.

En cuanto al derecho positivo, el MJ holandés, ya sea para dictar órdenes en sentido negativo o positivo, está también sometido al art. 167 del CPP. Precepto que establece el reconocimiento del principio de oportunidad al MP en el ejercicio de sus funciones, limitado por otra parte a la concurrencia de un interés general que justifique su uso. El MJ tiene asimismo la obligación de justificar la «oportunidad» de su intervención «conforme al interés general». Pues «una orden basada en un interés particular está en conflicto con la prohibición del principio de arbitrariedad y consecuentemente es ilegal». En definitiva, «*el poder del MJ de dictar órdenes no se diferencia, en este sentido, del poder de acusar del Ministerio Público*»⁹²⁷.

Para concluir ese apartado, nos gustaría añadir, dos últimas cuestiones. Efectivamente, el MJ asume la responsabilidad política del MP. Muchos de estos asuntos, competencia de la fiscalía, son discutidos en el Parlamento y la prensa y las noticias diarias se hacen eco de los mismos. El MJ y el Presidente del Consejo mantienen reuniones formales internas por lo menos una

925. Parl. Docs. *op. cit.*, pg. 18. Fenómeno que sin duda ocurre en España, donde las críticas al MF se vierten directamente sobre el Gobierno con el fin de debilitarlo, haciendo parecer que ambas instituciones se confunden, es decir, que la primera se subordina a la otra.

926. STS (Hoge Raad) 233/1981, de 22 de diciembre. Como puede apreciarse, una jurisprudencia muy en la línea de la construcción de la legalidad en la que se basa el MP y que hemos tenido ocasión de analizar en la primera parte del trabajo.

927. Parl. Docs. *op. cit.*, pg. 19.

vez al mes; y existe un constante intercambio de información. Además, en estos años transcurridos después de la reforma, el Ministro ha dado instrucciones concretas en contadísimas ocasiones⁹²⁸, y ello no quiere decir que no haya existido tensión política, y que no siga existiendo ahora y en el futuro, pero es parte de las reglas del juego que el sistema holandés parece aceptar⁹²⁹. De hecho, han transformado una responsabilidad política heterogénea en otra mucho más concreta, en la que el MJ acaba respondiendo de sus propias acciones u omisiones; de las órdenes que dictó, y de las órdenes que no dictó. Lo que, en definitiva, acaba por liberar de responsabilidad política al fiscal y al MP, al menos en gran medida. Como señalaba MEIJER, el MJ también responderá de una política de no intervención en los asuntos del MP. Pero basta con que el Parlamento y el electorado la consideren acertada y correcta para que sea democráticamente, políticamente y jurídicamente intachable⁹³⁰. Al mismo tiempo, el MP va tomando sus decisiones de manera autónoma.

En segundo lugar, es preciso señalar que las dos innovaciones fundamentales que introduce la citada RO y que se refieren a la separación de la Fiscalía del TS y su posición de órgano independiente, junto a la posibilidad por parte del MJ de dictar órdenes al MP de carácter general y concreto, se han desarrollado en estricto cumplimiento de la Rec. 19/2000 del Consejo de Europa⁹³¹. Ubicar la Fiscalía encargada de juzgar a los aforados en el TS, en situación de total independencia respecto de un MJ que puede dictar órdenes al MP, separando ambas instancias, es exactamente situar a esta Fiscalía en una posición «*sin obstrucciones*» para perseguir los delitos –especialmente de corrupción– cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Cabe subrayar esta adecuación normativa, tal y como solicita

928. Ha sido muy comentado siempre el mismo caso (2002). Un médico practicó la eutanasia a un anciano que deseaba morir, pero que no obstante no sufría dolor físico o enfermedades psíquicas. Vid. BRUINSMA, F., «Dutch law in action», *op. cit.*, pg. 73 aunque también lo comentaron LANGBROEK, BERGHUIS, B., o MEIJER en el curso de las entrevistas realizadas. El médico se había saltado las «*guide lines*» de la Fiscalía en los casos de eutanasia. No obstante, el MP propuso desistir de la acción. El MJ, sin embargo, dio la orden de continuar la causa bajo el criterio de que era necesario crear jurisprudencia al respecto.

929. De hecho, la vida del Consejo del Procuradores Generales no comenzó bien. La tensión entre el MJ y el Presidente del primer Consejo (2000), llevó a la destitución de este último y a la impugnación de la medida por parte de dicho cargo ante el TS. Finalmente el Presidente del Consejo desistió de su acción y el MJ acabó dimitiendo.

930. MEIJER; entrevista personal (Marzo 2004).

931. Como ya hemos puesto de relieve, a nivel comparativo, existe una gran preocupación en Holanda por implementar en su ordenamiento los instrumentos internacionales. No en vano, muchos de ellos conforman un «*bloque de constitucionalidad*». Lo mismo sucede en este caso, donde se busca una mayor cooperación y armonía entre los diversos Ministerios Públicos en Europa.

la Recomendación en su apartado 16⁹³², precisando asimismo que el artículo de la recomendación europea se encuentra dirigido especialmente a aquellos sistemas en los que el MP puede estar en situaciones de subordinación con respecto del MJ, tal y como sucede en Holanda, aunque está también dirigido de forma general.

A su vez, el procedimiento establecido en el artículo 128 RO, viene a ser un fiel reflejo y cumplimiento de unas medidas redactadas en términos similares en el apartado 13 de la citada Recomendación, dirigidas a los Estados, una vez más, para aquellos casos en los que el MP *«pertenece o se encuentra subordinado»* al MJ. El ap. 13 se refiere a la necesidad de establecer los poderes de cada órgano de manera clara y por ley, a la transparencia, a la conformidad con los principios generales del derecho, el derecho internacional y la legislación con los que el MJ debe ejercer sus poderes, al principio de publicidad, publicación y motivación de las órdenes, al principio jerárquico en la comunicación de las mismas y su incorporación al sumario, la obligación de recabar la opinión del máximo órgano de la Fiscalía, y por último, a la excepcionalidad de las órdenes de desistir en la causa y su control especial. Todas ellas medidas recomendadas que el legislador holandés ha recogido en el artículo 128 RO.

En tercer lugar, y concluyendo en este apartado, el Ministro es, según la ley, responsable de la actuación del Ministerio Fiscal, como se puede asimismo leer en la Exposición de motivos de la RO 1999. En el art. 42 de la Constitución holandesa, se establece que el Rey es inmune y que los Ministros son responsables. No hay que olvidar que la acción penal se ejerce en nombre de la Corona. Asimismo, en el art. 68 de la citada Ley se prevé la obligación de información por parte de los Ministros y Secretarios de Estado a las Cámaras. Acerca de la interpretación de estos artículos y el alcance de la responsabilidad del Ministro ante la actuación del Ministerio Fiscal, el Informe de la Comisión que estudió dichas reformas, estructuró la responsabilidad ministerial en tres niveles diferenciados:

- La responsabilidad por la información, en la que el Ministro asume responsabilidad política por no informar correctamente a las Cámaras de la actividad y la política seguida por el Ministerio Fiscal, así como en el caso de las instrucciones de desistimiento o retirada de la acusación;

932. Ap. 16. *«Public Prosecutors should, in any case, be in a position to prosecute public officials for offences committed by them, particularly corruption, unlawful use of power, grave violations of human rights and other crimes recognised by international law».*

- la responsabilidad exclusiva del Ministro y el Secretario de Estado, únicos legitimados para tratar con el Ministerio Fiscal y únicos responsables;
- la responsabilidad alcanza hasta el poder de influencia del Ministro. Existe una relación directa entre el poder del Ministro para dirigir al Ministerio Fiscal y su responsabilidad política. Con la nueva legislación en vigor, ésta es por lo tanto muy amplia⁹³³.

II. LA CONFLICTIVA RELACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO ITALIANO CON EL MINISTRO DE JUSTICIA Y EL PODER POLÍTICO

No parece posible encontrar un único principio organizativo que permita identificar al ministerio público en su conjunto⁹³⁴. Hemos hecho alusión a la gran disputa que existe entre quienes identifican a la institución como un conjunto de órganos que ejercen sus funciones de forma independiente, ya sea entre éstos, ya sea frente a cualquier otra autoridad, y entre quienes, por el contrario, defienden la configuración de un Ministerio Fiscal donde las relaciones jerárquicas –aún atenuadas– juegan un papel fundamental para el mantenimiento de los principios clásicos de la institución: unidad, indivisibilidad e impersonalidad. Principios que habiendo sido mencionados por el CSM italiano en alguna ocasión, han sido sin embargo –a nuestro juicio– de dudosa aplicación real, siendo asimismo escasísimos los intentos de proceder a una construcción constitucional de los mismos.

Quizá el acuerdo más claro al que se ha llegado al respecto, producido no sin polémica y disenso, «es el representado por la eliminación de la de-

933. La responsabilidad ministerial por el funcionamiento del Ministerio Fiscal quedó ampliamente determinada en el informe de la Comisión Scheltema, «Sound Ministership» *Steekhoudend ministerschap*. Documentos Parlamentarios II 1992/1993, 21427, núms. 40 y 41.

934. En realidad, sin duda el principio por el que se ha definido al Ministerio Público italiano es el de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal (art. 112). Principio funcional por definición, su interpretación ha condicionado en exceso la estructura orgánica de la institución, hasta convertirse en el máximo garante de la independencia del MP. Ello se pone claramente de manifiesto en interpretaciones doctrinales muy extendidas que no se cansan de subrayar: «*el problema de la compatibilidad de cualquier tipo de autorización a adoptar, con el principio de obligatoriedad de la acción penal en el marco de los más amplios principios generales de la independencia del poder judicial, dentro del cual sin duda se encuentran los magistrados del Ministerio Público*». CRISAFULLI, V., «Incompatibilità dell'autorizzazione a procedere ex. art. 16 c.p.p. con l'art. 28 della Costituzione», *Rev. Giur. cost.*, 1963, pgs. 785. Tendremos ocasión de hacer notar que, no obstante, la CC. determinó la constitucionalidad de las autorizaciones previstas por los arts. 11 y 313 del Código Penal, que a su vez derogaban las del art. 16.

pendencia jerárquica de los órganos del ministerio público del Ministro de Justicia»⁹³⁵. Hemos de insistir en que es sin duda la Constitución italiana la que se presenta como una reacción absoluta contra la situación precedente. Su regulación del «*ordine giudiziario*» aporta las innovaciones necesarias para superar la vieja concepción del MP como órgano administrativo, dependiente del Ministro de Justicia⁹³⁶. El CSM, desde los años 70, dejó muy clara su postura acerca del significado de su regulación, cuando señaló que: «se puede por tanto afirmar que, en base al texto constitucional, el ministerio público se constituye como parte integrante del poder judicial y que su posición con respecto del MJ y del Gobierno es la de un órgano independiente dotado de garantías particulares dirigidas a asegurar su autonomía»⁹³⁷.

No obstante, a nuestro juicio y también en la opinión de otros muchos autores, la integración del MP con todas sus garantías en el seno de la magistratura y el principio de obligación de la acción penal no se encuentran necesariamente en contradicción con la regulación de la «*vigilanza*» preconstitucional que se atribuía al MJ sobre el MP (art. 69 rd.1941). Precisamente en un MP que ejerce la acción penal obligatoriamente, puede ser conveniente, establecer un control político-administrativo sobre su actividad, más allá de los controles endo-procesales, o más bien, sobre su inactividad. Pero ya somos conscientes de que la interpretación más extendida es aquella que considera cualquier acercamiento al Ejecutivo –organizativo, funcional o estatutario– contrario a los arts. 104, 107, 108 y 112 CI.

En Italia, a diferencia de Holanda, los argumentos de política de criminal que sirven para defender la relación entre el Ejecutivo y el MP –esto es, la posibilidad de establecer un impulso y dirección unitaria en el ejercicio de la prevención y represión de los delitos– han sido objeto de una crítica doctrinal de corte schmittiano, según la cual, esta pretensión esconde el verdadero propósito de que, a través del control del Gobierno, éste pueda evitar

935. ZANON, N., *Pubblico Ministero...*, *op. cit.*, pg. 63.

936. Y de hecho, las circulares del MJ dirigidas a la Fiscalía con todo tipo de directivas no cesaron con el r.d. de 1946, sino bien entrada en vigor la CI. CANOSA, R.– FEDERICO, P., *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, 1974, pgs. 96 y ss.

937. «*Società italiana e tutela giudiziaria dei cittadini. Primee linee di riforma dell'ordinamento giudiziario*»; CSM, *Relazione annuale sullo stato della giustizia*, Roma, 1971, pg. 562. Y continuaba: «... –al amparo de las discusiones jurídicas– importa recalcar que hoy el ordenamiento reconoce a los magistrados del ministerio público una posición perfectamente idéntica a aquella de los jueces en lo que se refiere a su estatuto personal. Se trata de una constatación muy importante, pues sirve para aclarar que el legislador ordinario ha interpretado la Constitución en el sentido de la absoluta independencia del ministerio público en relación al poder ejecutivo. De este modo, el ordenamiento republicano ha impreso un sistema efectivo y que significa un cambio de ruta irreversible con la legislación precedente, que por el contrario había puesto siempre al MP bajo la dependencia del poder ejecutivo y había construido un órgano dotado de una autonomía muy inferior a la reconocida a los jueces».

las investigaciones políticamente incómodas. No podemos estar de acuerdo con dicha argumentación. Es cierto que, en opinión de Carl SCHMITT, los conceptos constitucionales esconden, bajo su apariencia universal y abstracta, tanto la lucha política contingente como la polémica concreta por la que nacen⁹³⁸. La búsqueda de la relación entre MP y Ejecutivo puede «manipular» cierta querencia hacia el ejercicio de una política criminal de corte partidista –por ejemplo, en la gestión de los recursos–, o hacia una ideología más radical de responsabilidad democrática, lo cual es perfectamente lícito, pero no puede teorizarse para defender así gobiernos corruptos. Simplemente porque, en democracia, los gobiernos corruptos son ilegítimos, aunque sean elegidos por las urnas. Una teoría no puede esconder su pretensión, es ilógico, igual que defender una ilicitud, pues precisamente la teoría se construiría para superar dicha situación, es decir, para que el comportamiento sea considerado lícito. Cuestión muy distinta es que un gobierno corrupto quiera dominar las investigaciones en las que pueda verse envuelto y lo pretenda hacer a través de su influencia sobre el MP. Aunque en realidad, puestos a pretender esa indeseable influencia, es sabido que es mucho más fácil hacerlo a través de las fuerzas de seguridad o los medios de comunicación. De hecho, allí donde no existe una relación directa entre el MP y el Gobierno, existe la tendencia constante de transferir a las fuerzas de seguridad, es decir a un área de su influencia, cuestiones que deben ser competencia del MP⁹³⁹. Tendencia esta, totalmente opuesta en Holanda⁹⁴⁰.

El hecho «trágico» de nuestro ejemplo, es que si parece que la realidad en Italia pueda corresponder con estos temores. A lo largo de los años 1950 y 1960, algunas de las propuestas más importantes que pretendían condicionar la relación entre el MP y los órganos políticos –ya fuese con el Parlamento o con el Ejecutivo– haciéndose eco de voces ya presentes en la Asamblea Constitucional, como la de CALAMANDREI⁹⁴¹, estaban políticamente motivadas por una supuesta necesidad de introducir los nuevos valores constitucionales y democráticos, en una magistratura mucho más anticuada y reaccionaria que la clase política⁹⁴². No obstante, hoy en día

938. SCHMITT, C., *Il custode della Costituzione*, Giufre, 1981.

939. DOMIONI, O., «Per un collegamento...», *op. cit.*, pg. 65.

940. Si bien el problema fundamental del MP holandés es su relación con la policía y sus problemas de coordinación. HOL, T., Entrevista personal, mayo 2004. La *Wet Bijzondere Opsporingsbevoelgdheden* (Ley de facultades especiales de investigación penal) como vimos, restringió mucho la autonomía policial aumentando el control directo y exhaustivo de la misma por el MP.

941. En realidad, empeñado siempre en la creación de un «*Procuratore generale commissario della giustizia*» y establecer unas relaciones muy al modo del sistema español. Sesión del 5 de diciembre 1946, Sottocommissione II, sección 2, www.legislature.camera.it

942. PIZZORUSO, A., «Riflessioni sul ruolo del pubblico ministero», *Quest. Giust.*, 1982, pg. 513.

esta motivación –que en realidad tampoco respondía a argumentos de política criminal– no parece tener sentido. La magistratura italiana muestra no haber tenido ningún problema en la asimilación de los valores democráticos y constitucionales, en gran medida debido al asociacionismo dentro de la misma. Es más, en realidad parece haberse convertido en el más importante y celoso de sus guardianes. La clase política no goza de buena salud; se ha ido degradando poco a poco pero de manera constante, hasta terminar –a principios de los años 90– involucrada en escándalos de enorme magnitud, tanto por la cantidad de políticos imputados como por los cargos que se les imputaron (asociación mafiosa). Y según algunos autores, parece constatarse que la pretensión de eliminar el principio de obligatoriedad por parte del Partido Socialista Italiano, y después por la coalición que ganó las elecciones de 1994, no buscaba más que acabar con la independencia del MP e impedir así las investigaciones que sobre ellos se estaban llevando a cabo⁹⁴³.

Es evidente que en Holanda se defiende la idea, ligada a la relación entre el MP y el MJ, de tomar en cuenta el aspecto práctico-funcional del *ius puniendi* del Estado: éste no se ejerce, o no debe ejercerse, en nombre de una pretensión abstracta de justicia (Italia)⁹⁴⁴, sino con la vista puesta en las exigencias concretas de asegurar un gobierno para el conjunto de la sociedad, y por lo tanto, teniendo en cuenta las exigencias de defensa que prevalecen entre sus miembros. El problema es que a la doctrina italiana, los riesgos de la relación Ejecutivo-Ministerio Público le parecen altísimos. No en vano,

943. NEPPI MODONA, G., *Lo Stato...*, *op. cit.*, pg. 451. Para dicho autor, «sin duda es obvia la constatación de que si en Italia el Ministerio Público fuese dependiente, muy difícilmente la fiscalía de Milán hubiera podido, a partir de los primeros meses de 1992, desarrollar la investigación y posteriormente ejercitar la acción penal sobre los parlamentarios del área del gobierno, sobre los ministros en el ejercicio de sus cargos, sobre los altos cargos de la administración ligada a la mayoría parlamentaria. El Ministro de Justicia, fuerte en su poder de supremacía jerárquica, hubiera ordenado "legítimamente" no proceder, bloqueando antes de nacer aquellos controles sobre las ilegalidades de la clase política dominante y que han dado después lugar a la investigación sobre "Tangentopoli". Análogas consideraciones puede hacerse, obviamente, sobre las conexiones entre la mafia y determinados personajes políticos de la mayoría de gobierno». Se nos plantea la duda de por qué alguien con un conocimiento tan preciso del MP se le ocurre que el MJ puede tener la capacidad de dar una orden contraria a derecho y que esta se cumpliría en Italia. Creemos que existen muchos mecanismos posibles que independientemente de cual sea la relación entre ambos órganos puedan asegurar que esta situación anómala e ilegal no se dé. El mismo modelo holandés es un buen ejemplo de ello.

944. ZANON, N., *Pubblico Ministero...*, *op. cit.*, pg. 186. Cuyo detallado estudio seguimos como principal referencia en este apartado. Es evidente que la visión de la justicia que prevalece en Holanda es la de un «método de resolución de conflictos», más que la de una teoría de corte ético y moral. De KEIJSER, J. W., *Punishment and Purpose. From Moral Theory to Punishment in Action*, Leiden, 2000, pgs. 109 y ss.

la principal razón de política criminal que lo impide es el riesgo de corrupción política⁹⁴⁵. Aunque se hayan producido también algunas propuestas teóricas valientes⁹⁴⁶.

En cualquier caso, toda propuesta de relación, entre ellas la más acertada, a nuestro juicio, sería la de proponer cierta dependencia funcional manteniendo una absoluta independencia de estatus⁹⁴⁷, muy al modo holandés, ha ido chocando, igual que sucede en la cuestión de la «personalización», con un modo concreto de interpretar el art. 112 de la CI.

Conviene analizar dos hechos relativamente recientes. El primero de ellos se refiere a la nueva «*giustizia negociale*» o «*patteggiamento*» introducida en el nuevo código procesal de 1989 –Libro IV, Tít. II «*Applicazione della pena su richiesta delle parti*», arts. 444 y ss.–. Cabe resaltar en primer lugar, la novedad del instituto dentro del derecho italiano, y, por tanto su falta de tradición, y consiguientemente la «libertad» inicial que existía para abordar una regulación coherente al respecto. No puede dudarse del gran poder discrecional que supone para el fiscal la posibilidad de acceder a la justicia negociada. Supone tanto la elección de una estrategia procesal clara, significativa, de fuerte incidencia en el sistema judicial –no en vano ese es uno de sus sentidos– al mismo tiempo que existe un enorme control sobre el resultado (sentencia) de la causa. Es común, y así sucede en Holanda (o en Francia), que este tipo de institutos procesales sean precisamente utilizados, en base a la acción discrecional del fiscal, como uno de los elementos fundamentales a través de los cuales, dada la tipología de sujetos y delitos a los que suele referirse, pueden expresarse las líneas de política criminal del Ejecutivo. Para ello es evidente, que debe darse una relación entre el Gobierno y MP que permita su delimitación y control. Lejos de ello, la CC ha dictaminado su constitucionalidad por entender que, en cualquier caso, el proceso ha quedado activado y la acción ejercitada, cumpliéndose por tanto la obligación constitucional del 112. Sin embargo, muy consciente del poder discrecional que supone esta tipología procesal, la jurisprudencia ha introducido fuertes controles por parte del juez (endo-procesales) sobre la acción del fiscal. En

945. *Ibidem*, pg. 208. Para este autor, en cuanto a la corrupción política, «la relevancia de esta circunstancia, ya habitual, ha terminado por difundirse de forma amplísima, y parece obvio, en concomitancia con los conocidos sucesos político-judiciales italianos».

946. Por ejemplo, GRUPPO DI MILANO, *Verso a una nuova Costituzione*; Milán, 1983, vol. II, pg. 663 y 664, donde se defiende que «es más conforme al principio democrático que las exigencias y deseos de justicia penal sean satisfechos tal y como vengan advertidos e interpretados a través del sentimiento más extendido entre los ciudadanos»; siempre por supuesto a través de un órgano político, responsable ante el electorado del grado de cumplimiento de sus pretensiones.

947. Y cuyo más claro defensor es DOMIONI, O., «Per un collegamento...», *op. cit.*, pgs. 45-88.

definitiva, el juez puede superar la petición de sentencia del fiscal y aceptar la propuesta unilateral de la parte⁹⁴⁸. Se da la circunstancia de que, en Francia o en Holanda, se rechaza semejante control, pues evidentemente desnaturaliza los fines del instituto destinado tanto a liberar trabajo de la judicatura, como a orientar cierta política criminal. Y ello es criticado⁹⁴⁹. Y la crítica viene de aquel sector de la doctrina que, convencida de la necesidad de articular una relación con el Ejecutivo, la legislación italiana le decepciona.

A nuestro juicio, lo que sucede en realidad es que la mal llamada justicia negocial italiana se parece mucho más al instituto procesal de la conformidad⁹⁵⁰ –instituto por cierto más trabajado y preciso en España– que a una justicia negocial al modo del sistema francés u holandés de naturaleza verdaderamente ejecutiva. El fondo de la cuestión tiene que ver con dos razones que ya hemos tenido ocasión de tratar: nos estamos refiriendo a la aceptación de un modelo judicial basado en un principio de legalidad flexible (*law in action*) y en la actividad del ministerio público como ejercicio positivo de una potestad esencialmente gubernativa –modelo holandés–, o por el contrario, el uso de un principio estricto de legalidad y que considera la actividad de la fiscalía como el ejercicio debido de una potestad esencialmente judicial –modelo italiano y español, aunque menos rígido–⁹⁵¹.

948. Corte Costituzionale Sts 313/90 y 23/92. Sobre todo lo hizo a través de la declaración de inconstitucionalidad del art. 444 c.p.p., por no prever el control judicial sobre la motivación del «disenso» del fiscal, sobre la solicitud del imputado. CHIAVARIO, Mario, *L'azione penale. Tra diritto e politica*, Padova, 1995, pgs. 109 y 110, nota 36.

949. En Holanda, el fiscal no sólo controla el resultado de la sentencia en la justicia negociada (a través de la «*Transaction*» y el «*Plea bargaining*»), sino que los fiscales se configuran como los verdaderos «cerebros» de estas actuaciones en todo tipo de procesos. FIONDA, Julia *Public Prosecutors and discretion*, Oxford, 1995, pgs. 96 y ss. La crítica doctrinal aludida puede verse en: CHIAVARIO, Mario, *L'azione penale. Tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995, pgs. 109 y 110, nota 36.

950. En España, el instituto procesal de la conformidad –entre otros arts. 665, 688 y 787, 802 LECrim, para el procedimiento ordinario y abreviado respectivamente– puede ser considerado como justicia negocial. También está sujeto a un cierto control procesal pero desde luego el juez no puede prescindir del criterio del fiscal. Sin duda está basado en un principio de economía procesal.

951. Y el ejemplo práctico y nítido en la distinción de los distintos modelos se evidencia en la diferente política legislativa seguida. Si en Holanda los diversos gobiernos promueven distintas políticas criminales con el fin de que, conforme a su progresiva aceptación, se conviertan en leyes –casos históricos, por ejemplo, como la eutanasia o la prostitución–, en Italia y España, lo normal es que los Gobiernos se enfrasquen en la aprobación de macro proyectos legislativos que incluyan las modificaciones por ellos impulsadas. Un ejemplo claro en España es el endurecimiento de las penas en la nueva legislación sobre los delitos contra la seguridad del tráfico (LO 15/2003 y 15/2007). Ello, unido a su tramitación por el procedimiento abreviado dedicado específicamente a determinados delitos (modificado por la LO 38/2002) ha supuesto sin duda una verdadera política sobre la administración de justicia, que sin embargo, al menos aparentemente, en nada ha utilizado ni variado la relación entre el MP y el Ejecutivo. Tampoco a través del instituto de la conformidad. Sobre dicho instituto puede verse: GONZÁLEZ, Magdalena, «*Problemas prácticos de la conformidad de*

Lo que queremos resaltar en este apartado es la queja expresada por la doctrina sobre la oportunidad perdida nuevamente, tras haber creado *ex novo* un instrumento típico para el desarrollo de una orientación de política criminal liderada por el Gobierno y ejercida a través del MP y las fuerzas de seguridad sin haber previsto paradójicamente ningún canal de comunicación específico entre el MP y el Ejecutivo o el Ministerio de Justicia.

El segundo acontecimiento al que hacíamos referencia se refiere a los pronunciamientos de la StCC 420/1995. Ya habíamos hecho referencia a dicha jurisprudencia por una cuestión previa, el reconocimiento de la capacidad de todo fiscal de ser parte en un conflicto de atribuciones en cuanto titular exclusivo de competencias constitucionales directas. La consecuencia fundamental es la voz propia otorgada a cada fiscal para representar la voluntad de todo un poder del Estado, el Poder Judicial⁹⁵². La citada Sentencia contiene dos afirmaciones fundamentales más. La primera de ellas, consecuencia en realidad de la anterior, establece la potencialidad lesiva de un reglamento, es decir, de un acto de carácter general y abstracto sobre las atribuciones constitucionales directas del MP. En segundo lugar, se señala que la elección de la estrategia en las indagaciones preliminares es una potestad discrecional del MP como exigencia del principio de obligatoriedad penal. Se confirma la relevancia del art. 112 CI como fuente esencial de la independencia del MP⁹⁵³.

las partes en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado»; Rev. de derecho penal, procesal y penitenciario, edi. La Ley, núm. 20. pgs. 111 y ss.

952. De hecho, la St. tiene su origen en un conflicto de competencias presentado por el Fiscal de la República de la Fiscalía de Nápoles, de 6 de junio de 1995, contra el «Reglamento que regula las normas dirigidas a individualizar los criterios para la formulación de un programa de protección de aquellos que colaboran con la justicia y las distintas modalidades de actuación». Ministero dell'interno num. 687/1994 de 24 de noviembre. Dictado en virtud del art. 10 de la ley 82/1991 de 15 de marzo. El reglamento. está dirigido fundamentalmente a los llamados «*pentiti*» (arrepentidos) mafiosos que gracias a su colaboración con la justicia entran en un programa de protección de testigos. El programa está dirigido por una Comisión Central perteneciente a la Dirección General de Seguridad del Ministerio del Interior.

953. Y ello a través de dos declaraciones fundamentales: A) la inconstitucionalidad del artículo 2, puntos 2, 3 y 4, en la parte en que se prevén actos de investigación de contenido predeterminado en la norma (referidos a los actos que deben realizar los fiscales para cumplimentar la «declaración de información al fin de la investigación»). B) La inconstitucionalidad del art. 4.2 en la parte que dispone que la redacción y formalización de la «declaración» es un acto de debido cumplimiento para la entrada en el programa de protección, aunque el fiscal considere que la misma sea perjudicial para el desarrollo de la investigación. Tanto el contenido de la «declaración», como su no realización en casos motivados, son actividades que vienen a «incidir directamente sobre la actividad de conducción de las indagaciones preliminares, cuya estrategia, con el fin de obtener el más provechoso beneficio de las mismas en relación a los procedimientos concretos –dentro obviamente de los límites previstos en la ley–, ha sido otorgada a la libre valoración del Fiscal de la República». *op. cit.*, pg. 15.

En este sentido, se produce una significativa extensión del principio de obligatoriedad a las indagaciones preliminares, que como ya hemos señalado, según el nuevo Código, en puridad no forman parte del ejercicio de la acción penal, sino que constituyen su fase previa. En cualquier caso, parece «indiscutible el uso de la sentencia para cerrar prácticamente la puerta ante cualquier hipótesis de intervención del ejecutivo a través del derecho vigente sobre la actividad investigadora, aún realizado a través de actos de carácter general y abstracto»⁹⁵⁴. Cabría preguntarse dónde queda pues la posibilidad que algunos autores subrayan en relación a la aplicación del art. 97 (correcta administración), al menos en la fase previa⁹⁵⁵. Y cuestionar asimismo el hecho de que si la aplicación del principio era discutible respecto a la relación entre el Fiscal de la República y el Fiscal Jefe, si permanece al menos la posibilidad de una relación entre el MP y Ejecutivo a través de este valor constitucional⁹⁵⁶.

El problema constitucional fundamental es que la doctrina italiana, desde la defensa de una incompatibilidad conceptual entre administración y jurisdicción, ha venido sosteniendo que la genérica aspiración del discurrir de la justicia no puede invocarse desde disposiciones constitucionales, y en particular, se ha afirmado que las propuestas presuntamente inspiradas en una mejora del funcionamiento de la justicia y que buscan situar a los representantes del MP bajo el control político del Ministerio de Justicia o del Parlamento, contrastarían con la garantía de independencia, sin poder invocar para su defensa ningún fundamento de derecho constitucional posi-

954. ZANON, N., *op. cit.*, pg. 193.

955. Hay que recordar que para ZAGREBELSKY, V., *Le soluzioni peggiori del male Pubblico...*, *op. cit.*, o CARAVITA, B. en «Tra crisi e riforme. Riflessione sul sistema costituzionale», Turín, 1993, pg. 155 y ss.; se sostiene que las indagaciones preliminares deben estar sujetas al principio del buen funcionamiento de la administración (art. 97 CI).

956. Dada la extensión del art. 112 –donde se da la paradoja de que a una supuesta actividad debida y, por tanto, irresponsable, se le reconocen muchos poderes discrecionales– parece posible interpretar la St. como un instrumento, también en términos de política normativa, para negar la posibilidad de que el MP asuma intervenciones que proceden de los órganos políticos. No obstante, para ZANON, N., la St. no es tan radical. La Corte no niega la posibilidad de que bajo ciertas circunstancias subsista la oportunidad de intervenciones normativas de las autoridades político-administrativas con el fin de preservar otros bienes constitucionales, como puede ser la aplicación del mismo art. 97 y la uniformidad de criterios en la gestión de la actividad investigadora. De hecho, la misma Corte, en un sentencia anterior (140/1992), reconocía la aplicabilidad de la disposición constitucional «a la organización judicial en sentido estricto, entendida como la preparación de los medios personales e instrumentales para llevar a cabo de la mejor manera posible la actuación de la función jurisdiccional». Pues bien, parece que la «preparación de los medios personales e instrumentales» durante la fase de las indagaciones preliminares, precisamente dedicada a «llevar a cabo de la mejor manera posible la actuación de la función jurisdiccional», puede estar regida por esta disposición. *op. cit.*, pg. 192.

tivo⁹⁵⁷. En términos más claros: para suspender el valor de la independencia de la magistratura sólo puede invocarse un principio constitucional de igual relevancia. Cabe preguntarse si el art. 97 CI no lo es; o si realiza una función jurisdiccional el fiscal italiano en el ejercicio de la acción penal, incluso, durante las indagaciones preliminares. Y en España, ¿tampoco lo sería el 103 CE? ¿Quiere esto decir que en Italia no hay ningún modo de oponer este valor al artículo 112, o incluso que no hay ningún valor constitucional oponible al art. 112? Como enseguida analizaremos, para gran parte de la doctrina existe la posibilidad de contraponer otros valores a la independencia siempre que cumplan dos condiciones: i) que se demuestre su valor constitucional; ii) que los fines para su invasión estén predeterminados legislativamente. Un ejemplo de esta posición doctrinal es la interpretación de la sentencia 420/1995 que realiza ZANON, N. y que acabamos de mencionar anteriormente.

Mucho más clara es la perspectiva holandesa. El principio de «*proper administration*» tiene tanta importancia como el de la independencia judicial, ceñida al estricto ámbito de la toma de decisiones de carácter jurisdiccional. Y el hecho es que las reformas producidas en Holanda con la creación del «*Council of the Judiciary*» y el «*Board of Procurators General*» han querido mantener, e incluso reforzar, la independencia estatutaria de la magistratura sin sacrificar el principio democrático según el cual toda administración es responsable política y públicamente del funcionamiento de sus órganos. Sosteniendo en todo caso que la independencia no es un fin a «*se stante*», y demostrando, precisamente, la compatibilidad entre administración y jurisdicción⁹⁵⁸.

Esta solución holandesa, que coincide con lo que DOMIONI ha denominado el carácter dual del MP y que sugiere, como ya hemos mencionado, la independencia de estatus del MP y los fiscales, admitiendo una cierta dependencia funcional de los órganos políticos⁹⁵⁹, no parece sin embargo conven-

957. GROSSI, Pf., «Orientamenti attuali di giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione degli artt. 105, 107 comma 3 e 104 comma 4 della Costituzione», *Giur. Cost.*, 1982, pgs. 1836, 1837. Si bien, no obstante, este autor no sostiene la independencia del MP sobre la base del art. 101, en virtud de una supuesta extensión de la garantía de independencia de los jueces a los fiscales, sino precisamente, la fundamenta sobre la imposibilidad de vaciar las competencias del CSM y otorgar al MP competencias sin base constitucional. GROSSI, Pf., «Indipendenza del pubblico ministero ed esclusiva soggezione dei giudici alla legge», *Giur. Cost.*, 1964, pgs. 563 y 564.

958. LANGBROEK, Ph., *op. cit.*, entrevista personal (mayo 2004). Dicho autor, se mostraba totalmente de acuerdo con estos presupuestos y muy crítico con la «la prioridad absoluta dada al valor de la independencia» y la «nula relevancia que se otorga al valor democrático de la responsabilidad». En Italia, opina de modo similar DI FEDERICO, G., «La indipendenza...», *op. cit.*, pg. 232. Es evidente que una de las principales vías de responsabilidad democrática del MP holandés se articula a través de su responsabilidad en el correcto funcionamiento administrativo de la institución.

959. Cabe mostrarnos totalmente de acuerdo con el análisis de dicho autor: La posibilidad de la dependencia funcional no queda cerrada por el art. 107.3 CI que se refiere

cer a la doctrina italiana por otros motivos. Para algunos autores, tanto desde la perspectiva de la política criminal como de una lectura sistemática de la CI, no tiene sentido la atribución de poderes ministeriales capaces de llevar a cabo la dirección del MP –es decir, dictar órdenes y directivas– si se mantienen intactas las garantías de su estatus personal, sobre el que el MJ no tiene ningún poder. La razón fundamental sería la falta de «fuerza» de dicho órgano para hacer cumplir sus directivas al no tener en su mano la coacción de la resolución disciplinaria, competencia, como sabemos, del CSM. Para dicho sector doctrinal, habría por tanto que realizar una total revisión constitucional para introducir cualquier tipo de dependencia funcional entre el MJ y el MP. Cuestión respecto de la que manifestamos nuestras dudas. En primer lugar, a nuestro juicio, el fiscal estaría compelido a cumplir la directiva por la mera existencia de una norma que así lo estableciera, con el riesgo de vulnerar el principio de legalidad en caso contrario. En segundo lugar, quizá de hecho no sea una mala situación de equilibrio que el MJ no tenga capacidad decisoria en materia disciplinar. No obstante, sí posee la iniciativa de la acción disciplinar (art. 110 CI), atribuida además constitucionalmente. Podría añadirse a los supuestos sancionables disciplinariamente el incumplimiento reiterado de las directivas de carácter general del MJ⁹⁶⁰, correspondiendo como siempre la iniciativa de la acción al MJ y la decisión final al CSM. De este modo no se modificaría el estatus personal de independencia de los fiscales⁹⁶¹.

Es evidente que la doctrina italiana estima superflua esta situación, considerando de antemano que el CSM tenderá siempre a favorecer la decisión autónoma del fiscal, trasladándose simplemente el conflicto del fiscal a su órgano de gobierno. Aun siendo así, en todo caso, las decisiones del CSM son recurribles en vía administrativa ante la Corte Suprema. En este sentido cabe subrayar que las tendencias y perspectivas no cambian en un día, pero desde luego no varían nunca sin modificaciones, voluntad, discusión y conflicto –en sentido restringido– políticos. En definitiva, y también manifestando nuestro acuerdo con la línea argumental de DOMIONI, si bien es cierto que la dependencia de estatus orgánico ha sido utilizada para condicionar una supuesta independencia funcional –y esa es la estructura típica de los regímenes anteriores– precisamente la independencia de estatus sería un mecanismo corrector de los posibles excesos de la dependencia funcional⁹⁶².

precisamente a la distinción de estatus personal entre jueces y fiscales; ni tampoco el 108.2 CI que no atribuye a la magistratura ordinaria ninguna garantía que previamente no estuviera ya reconocida, sino que trata de equiparar a la jurisdicción «especial» con el *ordine giudiziario*.

960. Desde luego no cabrían otras en la CI.

961. Y ya sabemos que, en Holanda, el MJ no tiene atribuido el poder disciplinario sobre los fiscales, lo tiene el Consejo, y en casos graves el Tribunal Supremo –exactamente igual que respecto de los jueces–.

962. DOMIONI, O., «Per un collegamento...», *op. cit.*, pg. 77.

El último problema añadido, es que si, como afirmábamos en su momento, la razón política principal que impide la relación entre el MP y el MJ es la corrupción, la segunda, no mucho más halagüeña, es la consideración de que la responsabilidad política del MJ es simplemente una irrealdad a efectos prácticos. Por regla general, los ministros o los gobiernos no ponen en juego su estabilidad política por el modo en que son conducidos uno o más procesos judiciales. Ello resulta aún más evidente dada la patológica situación de inestabilidad de los gobiernos italianos, circunstancia que impide el correspondiente ejercicio de control de las obligaciones incumplidas a los distintos responsables⁹⁶³. Como suelen decir los italianos, si hay que hacer una profunda reforma del órgano de acusación para conseguir la comparecencia e interpelación sustantiva del MJ, «*il gioco non vale la candela*» (literalmente, el juego no merece la vela)⁹⁶⁴. Pues bien, a nuestro juicio, sí lo vale. La relación efectiva entre el MJ y el MP permite la dirección política de una actividad básica del Estado. Merece la pena que la orientación en la política de persecución penal sea uno de los mecanismos adicionales que llenan de contenido a la relación fiduciaria entre el Parlamento y el Gobierno, o entre el Gobierno y la ciudadanía, así como ser objeto de discusión en la relación dialéctica entre las fuerzas políticas que sostienen el Gobierno y las que, desde la oposición, aspiran a ganar las siguientes elecciones.

En todo caso, son muy escasas las posibilidades que se plantean al respecto en el contexto italiano, dadas las escasas competencias del MJ con respecto al MP, como analizaremos a continuación.

– Las competencias constitucionales y legislativas del Ministro de Justicia italiano

Comenzaremos por el análisis de las competencias del Ejecutivo para evaluar la posibilidad del conflicto ya mencionado entre valores constitucionales que eventualmente pudieran hacer ceder la garantía del 112 CI.

El ejemplo señalado por la doctrina italiana son los poderes ministeriales de autorización para proceder en determinados supuestos delictivos recono-

963. ZAGREBELSKY, V., «Indipendenza...», *op. cit.*, pg. 19. Autor para quien antes de dotar al MJ de cualquier poder directivo, resulta indispensable cambiar antes la actitud de la clase política italiana, experta en eludir sus responsabilidades políticas ante el Parlamento. ZANON, N., en su obra de hace ya 10 años, expresaba asimismo su deseo de que las reformas en la ley electoral italiana y la tendencia hacia la bipolarización de la clase política llevaran a la posibilidad de cuanto menos, elaborar dos líneas de política criminal de la que pudieran responsabilizarse ambas corrientes cuando accedieran al Gobierno. No obstante, creemos que la situación italiana actual está lejos de ello.

964. DOMIONI, O., «Per un collegamento...», *op. cit.*, pg. 84, criticando la postura mayoritaria italiana.

cidos en el Código penal. Por regla general, los delitos tipificados cometidos en el extranjero, ya sean políticos, contra la personalidad del Estado, o delitos comunes, son sólo perseguibles a petición del Ministro de Justicia (art. 8-10 CP). Así como sólo serán juzgados en Italia, en caso de que hayan sido ya juzgados en el extranjero, al amparo de dicha petición (art. 11 CP.) Además, según el artículo 313, los delitos tipificados en los arts. 244, 245, 265, 267, 269, 273, 274, 277, 278, 279, 287 y 288 del CP italiano, sólo son perseguibles bajo autorización del MJ. Igualmente los delitos contemplados en los arts. 247, 248, 249, 250, 251 y 252 del CP, si han sido cometidos en un Estado aliado en situaciones de guerra, son perseguibles únicamente con autorización del MJ. Los delitos de los arts. 296, 297, 298 CP son asimismo únicamente punibles a petición del MJ. Y por último, contra el delito de «*Vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate*» (art. 290 CP), tampoco se puede proceder sin la autorización del MJ (art. 313.3 CP)⁹⁶⁵.

Se trata sin duda de delitos de tipología tan específica⁹⁶⁶ que, a nuestro juicio, carecen de la repercusión suficiente para identificarse como un elemento de peso en la relación entre el MJ y el MP. Sin embargo, parte de la doctrina ha subrayado su importancia. No en vano, el ejercicio de la acción penal queda condicionado por la decisión del MJ, adoptada además con gran capacidad discrecional sobre una valoración de oportunidad política, considerando si la apertura del proceso puede causar más daño al bien jurídico protegido que el propio delito⁹⁶⁷.

La CC italiana ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algunas de las cuestiones relativas a este tipo de actuaciones del MJ. En primer lugar, según la Corte, la autorización del art. 313.3 –para proceder en los casos del art. 290– es constitucional por tratarse de un acto que forma parte de las condiciones del tipo. La Corte distingue así entre las condiciones sustanciales de punibilidad, que pueden depender de la valoración discrecional de un órgano político, y la promoción de la acción, siempre obligatoria para el MP. Descarta además la Corte en su jurisprudencia, la jurisdiccionalidad del acto ministerial, por no tratarse en ningún caso de «*la determinación de los hechos y*

965. No obstante, en la discutida StCC 15/1969, la Corte se atribuyó así mismo la competencia de otorgarse dicha autorización, en virtud del poder que el propio artículo destina a la Asamblea legislativa de autorizarse también a sí misma. En todo caso, lo importante es señalar que es el MJ quien debe autorizar el procedimiento contra un delito de «*vilipendio*» contra el Poder Judicial.

966. «*Atti ostili verso uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di guerra*» (art. 244); «*Commercio col nemico*» (art. 250); «*Disfattismo politico*» (art. 265); «*Disfattismo economico*» (art. 267); «*Offesa alla libertà del presidente della Repubblica*» (art. 277); «*Usurpazione di potere politico o di comando militare*» (art. 287) por ejemplo.

967. ZANON, N., *op. cit.*, pg. 197. StCC 15/1969.

la aplicación a los mismos de las normas con rango de ley que caracterizan la función jurisdiccional». Negar o autorizar el procedimiento no incide sobre el ejercicio libre e independiente de la función jurisdiccional por parte del juez⁹⁶⁸.

Y en segundo lugar, sobre el significado político de estos actos, aprovechando un pronunciamiento sobre las necesarias solicitudes o peticiones del MJ de los arts. 9.2 –referido a delito común cometido en el extranjero con pena inferior a 3 años– y 11.2 del CP –referido a la realización de nuevo juicio en Italia– la Corte señaló que el acto del MJ por el cual se realiza la petición *«es consecuencia de una decisión vinculada a la consecución de fines, determinados legislativamente, de política criminal; y semejante decisión no puede no pertenecer a un órgano del Ejecutivo, y por lo tanto, no parece que sea irracional que la misma esté atribuida legislativamente al MJ si se consideran sus competencias institucionales»*⁹⁶⁹.

Desde luego la interpretación de la Corte resulta un tanto contradictoria frente a actos –autorización y petición– de semejante naturaleza y con efectos casi simétricos sobre el resultado del proceso y, a nuestro juicio, de idéntico significado político. No obstante, para la Corte, parecen no tener significado procesal ni político respectivamente. En esta interpretación jurisprudencial de la petición, la concreción de los supuestos penales y la barrera de los *«fines determinados legislativamente»* sugieren la prohibición no ya una intervención arbitraria –lo cual es lógico– del MJ, sino de una actividad no centrada en la casuística general de la ley, por entenderla lesiva de la independencia del MP y del juez. Al mismo tiempo, la petición del MJ no parece ser considerada como un acto político, relacionado directamente en el ámbito de la responsabilidad parlamentaria, sino más bien un acto debido conforme a los fines de política criminal legislativamente previstos, y por tanto, un acto controlable, precisamente, en vía jurisdiccional –es decir, exactamente al contrario que la

968. StCC 17/1973, pgs. 2 y 3. Se trata de una cuestión de constitucionalidad promovida por el Juez instructor del Tribunal de Civitavecchia dada la negativa de la autorización a proceder por parte del MJ contra un acusado por delito establecido en el art. 290, con la consiguiente solicitud de sobreseimiento por parte del fiscal. El juez no obstante, no centró su cuestión en el art. 112, sino en una vulneración del art. 102 (reserva de jurisdicción) y del 113 (revisión jurisdiccional de los actos administrativos). Esta sentencia trae además su origen en otra anterior en la que la Corte manifestó que el principio del art. 112 CI, no impide que el legislador pueda establecer determinadas condiciones adicionales para la promoción de la acción penal. Exactamente igual que *«las condiciones procesales de determinadas querellas, como es la manifestación de la voluntad del ofendido, no convierten en facultativo el ejercicio de la acción por parte del MP»*. (StCC 105/1967, pg. 2). www.cortecostituzionale.it

969. Ordinanza 289/89, pg. 2. Se trata también de una cuestión de constitucionalidad, presentada por el Tribunal de Padova. En este caso, por un supuesto conflicto directo con los arts. 107.2 y 110 CI, es decir, contra las competencias constitucionales del MJ., por entender que semejantes poderes superan con mucho las mismas. La cuestión fue declarada infundada. www.cortecostituzionale.it

autorización—. Teniendo en cuenta la escasamente restrictiva jurisprudencia de la Corte en esta materia, hay quien doctrinalmente considera incluso muy factible la posibilidad de un conflicto de competencias entre el MJ y el MP con motivo del planteamiento de discrepancias en la valoración de la finalidad de la ley en un supuesto concreto⁹⁷⁰. En definitiva, convirtiéndose el MP en un órgano del control del Gobierno y no al contrario. Dicho en otros términos, el mundo al revés.

En todo caso, a nivel comparado, poco tiene que ver esta regulación con la situación holandesa, o incluso la española⁹⁷¹, y menos aún, puede ser interpretada de esta manera. Lejos queda esta regulación de la naturaleza de la autorización general del art. 127 RO, mediante la que el MJ holandés puede dar instrucciones concretas o generales al MP, así como de la capacidad del Gobierno español para interesar al MF, a través de la actuación del Fiscal General, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del EOMF. La naturaleza de estas actuaciones es esencialmente administrativa, al ser fruto de la ejecución de las leyes y deben estar siempre guiadas por los principios de eficacia y bienestar público; siendo asimismo de naturaleza esencialmente política, pues devenga siempre –o al menos debería– el correspondiente ejercicio de responsabilidad y las eventuales consecuencias correspondientes. Lo cual constituye una verdadera dependencia funcional, aunque mucho más matizada, en el caso español.

A tenor de la citada jurisprudencia, o más bien, dado que la CC italiana ha salvado la constitucionalidad de estas autorizaciones⁹⁷², ZANON, N. señala la posibilidad de una intervención del Ejecutivo en política criminal haciendo ceder al todopoderoso principio de obligatoriedad. Para dicho autor han de cumplirse, no obstante, dos condiciones: en primer lugar, que la intervención del Ejecutivo se fundamente como una manifestación de un interés público de relevancia constitucional, capaz de contraponer al interés de la represión criminal –otra lectura del principio de obligatoriedad– el propio interés en no hacerlo. Y en segundo lugar, que su regulación –y fines– estén estipulados en la ley. Como demuestra la autorización, no son inconstitucionales *per se* las leyes que establezcan una intervención del Ejecutivo sobre el ejercicio de la acción.

970. ZANON, N., *Pubblico Ministero...*, *op. cit.*, pg. 206.

971. En España no existen poderes semejantes atribuidos al MJ, o al menos, no existen bajo esta regulación penal específica. En Holanda, existen determinadas autorizaciones relacionadas con la aceptación de procesos que traen causa en el extranjero y viceversa, en la remisión de procedimientos al extranjero [arts. 521 t) y ss. Código Penal].

972. Frente a lo que se posicionan en contra por distintos motivos, CRISAFULLI, V., «Incompatibilità dell'autorizzazione a procedere...», *op. cit.*, quien por cierto era miembro de la CC. en el momento de emitirse la St. de 1973; o ONIDA, V., «Autorizzazione a procedere e principio di uguaglianza», *Giur. Cost.*, 1971, pg. 737.

Cabe insistir en que, bajo tantas restricciones, el acto gubernativo queda, a nuestro juicio, en realidad convertido en un mero acto debido. Poco tiene que ver esta situación con la posibilidad de actuar, con la capacidad de reacción, la adopción de medidas provisionales, propias y necesarias, en momentos concretos constitutivos de una verdadera política criminal de un Ejecutivo que realmente mantenga una relación material con el MP, a través de la posibilidad de un contacto continuo que no existe en Italia y sí en Holanda o España, y al que no hace referencia para nada la regulación italiana.

Parece inevitable la tensión entre la necesidad de una dirección explícita en temas de política judicial y criminal y la obligación constitucional del MP de ejercer la acción penal. A nuestro juicio, el establecimiento de prioridades de forma negociada sobre la actividad del MP en nada vulnera el art. 112 y supone una solución equilibrada. Aunque acerca de esta posibilidad y aún partiendo de otros argumentos –el art. 104 de la CI por ejemplo– los defensores doctrinales de la independencia y más aún, de la «personalización» de la fiscalía italiana, tampoco estarían de acuerdo.

En cuanto a las competencias constitucionales, como ya sabemos, son dos fundamentales las reconocidas al MJ en la CI: las relativas a la organización y funcionamiento de los servicios referidos a la justicia (art. 110); y la más relevante, la facultad de promover la acción disciplinaria contra los magistrados (art. 107.2). Subrayamos la más relevante, porque según un amplio consenso doctrinal, este artículo «preconstituye las condiciones para el reconocimiento al Ministro de poderes de vigilancia sobre los magistrados»⁹⁷³. Como suele ser habitual, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sus distintas interpretaciones, ha hecho oscilar la interpretación de las competencias del MJ. En un primer momento, la Corte aceptó una interpretación extensiva de las mismas, conforme a la cual, la autonomía del Poder Judicial, si bien excluye toda intervención del poder ejecutivo en las discusiones concernientes al estatuto de los magistrados, no excluye que entre los dos órganos –CSM y Ejecutivo–, en el respeto a las competencias a cada uno atribuidas, pueda existir una relación de colaboración. Se refiere la Corte a las competencias señaladas a favor del MJ en el art. 110 CI, cuya interpretación no debe hacerse en sentido restrictivo, lo que implica que los servicios, atribuidos al MJ por el art. 110 CI, no están limitados al personal de la administración, circunscripciones judiciales, recursos materiales y, en general, todos los medios necesarios para el ejercicio de las funciones judiciales, sino que además comprende la organización de los órganos en su efi-

973. ZANON, N., *op. cit.*, pg. 219. También BARTOLE, A. «Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario»; Padova, 1964, pgs. 261 y 262.

ciencia numérica, con asignación de los magistrados en función de la planta orgánica, sea por el funcionamiento de los mismos en relación a su actividad y al comportamiento de los magistrados adscritos. Cuestión nada baladí puesto que entender en este sentido no restrictivo el art. 110 CI, «*proviene también de la consideración de que el art. 107.2 CI atribuye al MJ. la facultad de promover la acción disciplinaria, y se confirma por el hecho de que las competencias mencionadas y las cargas financieras que necesariamente se derivan, comprometen la responsabilidad política del Ministro como exponente del Gobierno frente al Parlamento, en el ejercicio de los poderes que institucionalmente conllevan*»⁹⁷⁴.

Este pronunciamiento puede sugerir una interpretación sistemática de las competencias orgánicas (art. 110) y de la competencia disciplinaria. Representaría, a nuestro juicio, una posición muy equilibrada. No obstante, en posterior Sentencia, la 7/1996, la Corte pareció dejar claro que las funciones ministeriales expresadas en la CI servían sobre todo, como vertiente negativa de las competencias del CSM, no creado entonces; en definitiva, parecen estar previstas para dejar claro que es al CSM a quien le corresponde el gobierno de los magistrados. Y que precisamente, uno de los controles que deben ejercer las Cámaras sobre el MJ es que, a través de ellas, el Ministro no invada la esfera reservada al CSM. Competencias que, salvo por la reserva constitucional subjetiva, en nada se diferencian a las de cualquier otro Ministro⁹⁷⁵.

Por su parte, en la legislación ordinaria, desarrollada a través de distintos preceptos, se establecen tímidos intentos de desarrollo de las competencias constitucionales del MJ. Hagamos una sucinta referencia al respecto. En primer lugar, el mencionado artículo 69 r.d. 12/1941, origen del citado cambio. Comentábamos previamente que es posible considerar la existencia de un cambio cualitativo en la reforma legislativa producida, según la cual la relación entre el MP y el MJ es ahora únicamente de «*vigilancia*», y no de direc-

974. STCC 168/1963; pgs. 15 y 16. www.cortecostituzionale.it.

975. Desde la lógica de esta interpretación, en la que se pone de manifiesto el carácter residual de las competencias del MJ, la posibilidad de que éstas sean consideradas como base suficiente para que en el futuro sean ampliadas por vía legislativa, parece más bien lejana. Como señala ZANON, N., *Pubblico Ministero...*, *op. cit.*, pg. 220. la diferencia interpretativa de ambas sentencias, a las que separan casi 30 años, puede ser fruto del papel, cada vez más relevante, que ha venido desempeñando el CSM. La Sentencia resuelve un conflicto de competencias entre los poderes del Estado. Fue interpuesta por el Ministro de Justicia, el señor Mancuso, a raíz de una moción de censura aprobada contra él por el Senado. Uno de los argumentos de su recurso se basaba en la posición preferente de su Ministerio, frente a otros miembros del Gobierno, dada la exclusividad del reconocimiento constitucional de sus competencias. Pretendía considerar además que el control parlamentario sobre sus competencias constitucionales era un intento de ejercerlas a través del proceso legislativo, en claro fraude constitucional. Sus argumentos no fueron admitidos y la moción de censura tuvo lugar. www.cortecostituzionale.it.

ción y vigilancia. Hemos de recordar una vez más, que el MJ es el único órgano con competencia constitucional para iniciar la acción disciplinaria frente a los magistrados. En segundo lugar, precisamente tratando de dar contenido a la acción disciplinaria, cabe citar el art. 56 d.P.R. 916/1958⁹⁷⁶. En tercer lugar, se encuentra el art. 13 del r.d.l. 511/1946⁹⁷⁷. Y en cuarto lugar, los artículos 7, 9 y 12 de la ley 1311/1962 sobre organización y funcionamiento de la Inspección General del Ministerio de Justicia, que habilitan al Ministro para realizar inspecciones de control periódico y extraordinario sobre los órganos judiciales, así como investigaciones administrativas que, eventualmente, también pueden estar dirigidas a obtener valoraciones de carácter disciplinario⁹⁷⁸.

Resulta paradójico que siendo el MJ italiano el único que tiene atribuida una esfera competencial de rango constitucional, dicha institución se ubique, en términos comparativos, en una situación más alejada de la Judicatura o del Ministerio Público. Y ello es debido a tres cuestiones. En primer lugar, porque lejos de hacer una lectura sistemática de dichas competencias constitucionales, el legislador –y aún incluso gran parte de la doctrina– siguiendo la lógica de la independencia radical, ha efectuado una lectura separada de las mismas. En segundo lugar, y debido a lo anterior, por la escasa y deficiente regulación positiva referida a la responsabilidad de los magistrados y su régimen disciplinar, llevando a la confusión doctrinal acerca del alcance de dicho régimen, así como de las competencias que corresponden al MJ. Y en tercer lugar, refiriéndonos en concreto al MP, porque en el caso italiano, mientras legislativamente no exista, cuanto menos, algún tipo de separación con la judicatura, todos los preceptos habrán de interpretarse siempre y por necesidad, bajo el prisma de la independencia judicial, es decir, desde la posición

976. Art. 56 del Decreto del Presidente de la República núm. 905 de 1958, sobre las normas de actuación y coordinación de la ley sobre la constitución y funcionamiento del CSM titulado «Poderes de supervisión del Ministro» cuya transcripción es la siguiente: *«Para el ejercicio de la acción disciplinaria, para la organización del funcionamiento de los servicios relativos a la justicia, así como para el ejercicio de cualquier otra atribución reservada por ley, el Ministro ejercita la supervisión (sovveglianza) sobre todos los órganos judiciales y puede solicitar al Magistrado Jefe información acerca de todos y cada uno de los magistrados»*.

977. Art. 13 RDI. 511/1946 «Sobre las Garantías de la Magistratura», Título Segundo, expresamente nominado *«Della disciplina della Magistratura»*: «El Ministro de la Gracia y Justicia ejerce la alta supervisión (*alta sorveglianza*) sobre todos los órganos judiciales, sobre todos los jueces y sobre todos los magistrados del TS».

978. Si bien, no obstante, el «Ispettorato Generale» está desarrollado en el «Reglamento de organización de los órganos que colaboran directamente con el Ministro de Justicia» (d.P.R. núm. 315, de 25 de julio), art. 8. Según su preámbulo, este órgano, que debe en concreto ayudar a la ejecución de las competencias de la *«Direzione generale dei magistrati del Dipartimento dell'Organizzazione giudiziaria dall'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 2001, n. 55»*, tiene su fundamento constitucional en el artículo 110 de la CI, y no en el 107.

más garantista posible⁹⁷⁹. No obstante, esta última circunstancia, como trataremos de explicar centrándonos en las anteriores cuestiones, es perfectamente superable.

A nuestro juicio, sólo una lectura sistemática de ambas competencias tiene sentido. La competencia de ejercer la iniciativa disciplinaria debe ponerse en relación con las competencias de vigilancia que corresponden al Ministro, y no con las que no tiene atribuidas expresamente. Y las que posee, son las que establece el artículo 110, es decir, las competencias clásicas de administración de todo órgano estatal bajo la esfera de un Ministerio. Competencias, una vez más reseñables, por cuanto –situación anómala a nivel comparado y por razones materiales– las atribuciones de los ministerios no suelen estar reguladas constitucionalmente y éstas sí lo están. En este sentido, cabe preguntarse que, si queda descartada una dependencia funcional y ambas competencias se refieren a una magistratura dotada de un potente autogobierno, cuál sería el sentido del artículo 107.2 CI sino el de proteger, precisamente, su propia esfera de competencias constitucionales. Resulta extraña la postura doctrinal que considera necesaria una profunda revisión constitucional en Italia para establecer una relación estrecha entre el MP y el MJ por carecer de instrumentos coactivos⁹⁸⁰.

La facultad de promover la acción disciplinar es, desde luego, un instrumento coactivo. Y, por ejemplo, siendo más dependientes tanto el MP holandés como el español de sus respectivos MJ ninguno de los dos poseen semejante competencia, ni siquiera legislativamente; y mucho menos sobre la judicatura⁹⁸¹. Simplemente creemos que se trata de una competencia que carece de sentido, salvo que se consideren dos cuestiones: una, que le haya sido otorgada como instrumento para hacer valer su responsabilidad administrativa sobre el correcto funcionamiento de la administración de justicia, siempre partiendo de criterios referidos a la *«proper administration»* y que, en

979. De la misma opinión es DI FEDERICO, «L'indipendenza del Pubblico Ministero el il principio...», *op. cit.*, pg. 238.

980. NEPI MODONA, G., *Lo Stato...*, *op. cit.*, pg. 68. Si bien es cierto que su propuesta de revisión constitucional aclararía muchos problemas doctrinales.

981. Es verdad que el MJ español tiene competencias en la imposición de sanciones a los fiscales (art. 67 EOMF), aunque no verdaderamente decisorias; pero en todo caso, los procedimientos disciplinarios, tanto para la magistratura como para el MP, se inician de oficio (art. 423 LOPJ). En Holanda, el MJ podrá exigir responsabilidad administrativa a los distintos órganos por el incumplimiento de los ciclos de *«Planning and Control»* –por ej. con sanciones presupuestarias, según E. MEIJER, entrevista personal, mayo 2004–. De hecho, como señala el artículo 29 del RO, los Consejos –de fiscales y de jueces– son los garantes del presupuesto de los distintos órganos, a cuya garantía *«pueden aparejar diversas condiciones»*. Y por supuesto, también puede dotar de fondos supletorios para la mejora de los órganos tras el cumplimiento de esos objetivos. Y el MJ no interviene en absoluto en el procedimiento disciplinario, que recordemos es el mismo para jueces y fiscales.

este sentido, apoyamos. Dos, en cuanto instrumento de control de la acción y comportamiento del PJ ¿Puede ser que a estas alturas aún pueda sostenerse esa interpretación, además en Italia, defensora a ultranza de la independencia?⁹⁸². ¿No ha quedado claro que la influencia ministerial en el estatus de los magistrados sea la fuente de las indeseables influencias de los regímenes dictatoriales anteriores? ¿La promoción de la acción disciplinar no puede ser utilizada como un instrumento de presión a nivel estatutario? ¿Tiene sentido que sea el Ministro el único responsable de velar por el cumplimiento de la responsabilidad civil y penal de los magistrados? El problema es que la doctrina italiana, bien es verdad que sin ayuda de la CC, está muy lejana de alcanzar un acuerdo sobre el significado de esta función. Se sostienen posturas doctrinales tan dispares como aquellas que defienden una acción discrecional, de distinta naturaleza que la acción atribuida –legislativamente– a la Fiscalía General, dada la responsabilidad política del Ministro y la imposibilidad de exigencia de la misma al FG. O bien lo contrario, que es una acción debida, obligatoria, igual que lo es la del FG⁹⁸³. A nuestro juicio, lo que no es casual es que el legislador italiano haya atribuido también la iniciativa de la acción disciplinar al FG, pues precisamente es el MP el que, a nivel comparado, siempre tiene atribuido un papel esencial en el procedimiento disciplinar –cuando no la misión de velar por el respeto a la legalidad en el funcionamiento de los tribunales–⁹⁸⁴.

Bajo esta situación, los poderes de «*sorveglianza*», «*alta sorveglianza*», o de «*inchiesta*» e «*ispezione*», recogidos en las distintas leyes y que supuestamente desarrollan el art. 107.2 CI, son también fruto de una sempiterna y miscelánea discusión⁹⁸⁵. La realidad es que el ejercicio de estos poderes es percibido

982. En todo caso, la peculiar situación italiana es significativa y muy conflictiva a nivel comparado. En seguida veremos un ejemplo.

983. Un autor que defiende esta primera situación es VERDE, G., *L'amministrazione della giustizia fra Ministro e Consiglio superiore*, Padova, 1990, pg. 260-261. Sobre la segunda, PATRONO, M., «Scenari per una riforma del Consiglio superiore della Magistratura», *Quad. Cost.*, 1989, pg. 463.

984. Al respecto, se ha señalado que siendo el Ministro y el Fiscal General defensores de un mismo interés, el interés general de la represión de las conductas contrarias a la deontología del PJ, la importancia de la atribución al fiscal reside «en el riesgo que la discrecionalidad de la iniciativa ministerial se traduzca en una gestión parcial de su poder consiguiente, con acciones u omisiones dirigidas a la tutela de intereses de parte». BARTOLE, S., *op. cit.*, pg. 171. Es decir, el FG es un órgano de control del Ministro. Se trata, a nuestro juicio, de una opinión muy característica del típico modo de plantear la situación en Italia, es decir, en términos de conflicto, con el Ministerio Fiscal ejerciendo de contrapoder.

985. Cabe aludir a disquisiciones para todos los gustos: se ha señalado por ejemplo que la «*sorveglianza*» es un poder dirigido directamente al ejercicio de la acción disciplinaria, que los poderes «*ispettori*» están dirigidos a la obtención de datos estadísticos con el fin de mejorar los servicios y que la «*inchiesta*» se compone de poderes instrumentales para poder ejercer la acción disciplinar. Pero el caso es que el nuevo código de procedimiento criminal ha eliminado por ejemplo la antigua obligación del art. 298 mediante la que los fiscales generales de los Tribunales de Apelación

por la mayoría de la doctrina y los mismos magistrados como «una inadmisibles injerencia política y un intolerable ataque a sus prerrogativas», y ha dado lugar a «uno de los más áspersos conflictos de la experiencia republicana»⁹⁸⁶.

Y lo cierto es que no puede ser de otra manera si consideramos la segunda de las cuestiones. La regulación positiva que existe sobre la responsabilidad de los magistrados y su régimen disciplinar se reduce al artículo 18 (Ley de Garantías de la magistratura), según el cual: «*El magistrado que falte a sus deberes o tenga dentro del órgano o fuera del mismo, una conducta tal que le haga indigno de la confianza o de la consideración de la que debe gozar, o que comprometa el prestigio de orden judicial, está sujeto a las sanciones disciplinarias establecidas en los artículos siguientes*». La disposición, por mucho que según la St. 101/81 de la CC haya determinado que su generalidad no vulnera el principio de legalidad del art. 25 CI, abre, en todo caso, un campo libre a la interpretación. Desde este punto de vista, parece difícil extraer una obligación, ya sea del Ministro, ya sea del FG, de ejercicio de la acción penal. Y de hecho, se considera y se ejerce como discrecional por ambos órganos. Ante semejantes interpretaciones posibles, resultan también más comprensibles las reticencias hacia un posible uso, digamos anómalo, de la acción disciplinar por parte del Ministro. Y por supuesto es imposible distinguir supuestos de responsabilidad administrativa, civil o penal. Pues bien, para evitar estos temores y que pueda ejercerse un sistema de responsabilidad coherente con la CI y con las funciones que deben desempeñar tanto el MJ como el MP, resulta imprescindible «distinguir convenientemente entre la responsabilidad administrativa interna, dentro de la cual se deben sancionar gubernativamente los actos contrarios a derecho administrativo, que se circunscriben a la trasgresión de los deberes profesionales del funcionario (infracción del sistema de incompatibilidades, retraso injustificado del despacho de asuntos, inasistencia al puesto de trabajo, etc.) y la responsabilidad civil o penal que, por dolo o culpa, cometan los fiscales en el marco de su actuación procesal». Los términos entrecomillados son de LÓPEZ LÓPEZ, que aunque referidos a la situación española, tienen incluso más sentido en la situación italiana. Aunque se queja este autor, precisamente, de la posible vulneración del art. 25.1 CE –principio

estaban obligados a informar al Ministro de las causas abiertas por períodos superiores a un año y de sus motivos. VERDE, G., *L'amministrazione della giustizia...*, *op. cit.*, pgs. 21, 268 y ss.

986. ZANON, N., *Pubblico Ministero...*, *op. cit.*, pg. 231. La sentencia 7/1996 antes mencionada, tuvo precisamente su origen en un conflicto, entre la magistratura, el Gobierno y el Presidente de la República contra el Ministro de Justicia, el Señor Mancuso, quien en el ejercicio de sus poderes había continuado una inspección sobre la fiscalía de Milán ordenada por su antecesor. ZANON, N., aunque es un excelente guía en la detección de problemas, se muestra muy contradictorio en este punto. Sobre todo en lo que se refiere al significado de la «vigilancia» que analizaremos a continuación.

de *lex certa*— por la vaguedad de algunas de las cláusulas sancionadoras del EOMF⁹⁸⁷, hay que tener en cuenta que la regulación española es mucho más precisa y que el Ministro o el Gobierno carecen de la competencia italiana. Sin querer ser reiterativos, esta distinción se hace nítida en Holanda a través de los ciclos de «*Planning and Control*», creados precisamente para preservar la independencia de la judicatura y conseguir, al mismo tiempo, una rendición de cuentas administrativa ante el Ministro, autoridad responsable en última instancia.

Considerando ahora la «*vigilancia*» que debe ejercer el Ministro sobre el MP —y recordando que es el único precepto dirigido exclusivamente al Ministerio Fiscal— nos encontramos —como en los casos anteriores— con un problema de indefinición⁹⁸⁸. No obstante, sí parece haber un ligero acuerdo doctrinal según el cual, en virtud de la regulación constitucional, la vigilancia de la que habla el art. 69 debe entenderse como una fórmula de control extrínseco sobre la actividad de los órganos del MP que no permite verdaderas injerencias sobre el mérito de sus actuaciones⁹⁸⁹. Estamos de acuerdo. A nuestro juicio, la vigilancia debe considerarse en el desarrollo de las competencias del Ministro del art. 110 sobre el MP, a través de las que el Ministro puede ejercer el control administrativo sobre la actividad y funcionamiento del MP. La promoción de la acción disciplinar sería, por tanto, el instrumento coactivo mediante el que el Ministro puede forzar la corrección administrativa de un órgano, que en todo lo demás, actúa de forma autónoma. La vigilancia puede interpretarse como un poder administrativo del Ministro sobre el Ministerio Fiscal, sumado a aquellos que ya posee sobre toda la magistratura, lo que supone una distinción entre ambos. El hecho de que esta distinción pueda no tener base constitucional no niega la posibilidad, y tal vez el acierto, de la correspondiente regulación legislativa. No se trata de una diferencia de estatus, no estamos hablando de una dependencia funcio-

987. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales...*, op. cit., pg. 354 y 355. Se refiere a los arts. 63.9 y 64.7 EOMF. La cláusula del art. 64.7 fue suprimida; la del 63 cambió al punto 12 en la reforma realizada en la L. 14/2003, aceptando por lo menos parcialmente la crítica de este autor.

988. Desde la doctrina administrativa —ARCIDIACONO, L., *La vigilanza nel diritto pubblico*, Padova, 1984, pgs. 149 y ss.—, se ha señalado que la vigilancia no significa la extinción de toda relación de sujeción. También se ha señalado que el término «*vigilancia*» es una expresión ambigua que parece estar a medio camino entre la preexistente «*dirección*» preconstitucional y la «*sovreglianza*» sobre toda la magistratura que corresponde al MJ. GHIARA, Aldo, «Riforma del ruolo e dei poteri del Pubblico Ministero», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1971, pg. 779. Lo que no obsta para el ejercicio de una «*vigilancia*» parlamentaria y no del Ejecutivo. Por último hay autores que han querido ver la «*vigilanza*» subsumida en los poderes de «*sovreglianza*», para cuya ejercicio son necesarios los poderes previos, siendo estos últimos «*más incisivos*». VELLANI, *Il pubblico...*, op. cit., pgs. 22-26.

989. ZANON, N., *Pubblico Ministero...*, op. cit., pg. 63.

nal, pero es posible considerar que, dadas las características y las especiales funciones del MP respecto de la judicatura, éste deba estar sometido a un control administrativo distinto. El sentido de esta distinción, que si bien no reside en una obligación constitucional tampoco la impide, ligado a la naturaleza activa del MP –y no reactiva– reside en el interés del que es portador el Ministro de Justicia, un interés que ha justificado el mantenimiento todos estos años de los poderes de vigilancia, «en virtud de la ligazón que, en el ámbito del Estado, se mantiene entre el poder ejecutivo y la potestad punitiva, la cual constituye una decisiva función estatal a la que la actividad de la acusación pública contribuye a su vez de modo determinante»⁹⁹⁰. Relación que no se da tan intensamente con la actividad de juzgar⁹⁹¹.

De este mismo modo, debe funcionar también la promoción de la acción disciplinaria. Mirando a la realidad del procedimiento, lo cierto es que el Ministro debe siempre hacerlo a través del Fiscal General. Es decir, el fiscal debe, en realidad, hacer suya la actuación y la motivación que la fundamente. Cabe en este sentido, preguntarse si podría negarse el Fiscal General de la Corte Suprema a presentar una acción que considere jurídicamente infundada. El problema a dilucidar podría deberse tanto a la escasez de instrumentos jurídicos en los que el primero habría basado su acción y, a su vez, el segundo para rechazarla, pero dada la situación italiana, no resultaría extraña la posibilidad de que el Fiscal General pudiera presentar un conflicto de competencias en esta situación. Lo que queremos decir es que, en puridad, el Ministro no tiene mayor capacidad que la de «*interesar*» –por decirlo en terminología española– al Fiscal General para que presente o inicie una acción disciplinar. Desde esta perspectiva, el Ministro debe ser el verdadero impulsor de las acciones disciplinarias en virtud de su actividad de vigilancia administrativa sobre el MP en base a lo establecido en el art. 110 CI; y, en este sentido, debe considerarse su actuación como discrecional, quedando mucho más limitada, como actividad debida, a casos extremos, en realidad de oficio, para aquellos supuestos en los que pueda derivarse una responsabilidad civil o penal.

990. ZANON, N., *Pubblico Ministero...*, *op. cit.*, pg. 224. Aunque ZANON, en este caso, va demasiado lejos. Pretende, por ejemplo, que a través de este tipo de poderes el Ministro pueda ejercer un control más que sustantivo sobre el modo en que se dirigen las indagaciones. Es decir, pretende controlar si se han conducido bajo criterios «partidistas». La inclusión de este supuesto pone de manifiesto la necesidad de una correcta regulación disciplinaria. Este tipo de hechos deben acarrear responsabilidad penal y poco tienen que ver con el control de los criterios administrativos en el ejercicio de la actividad del MP. En este caso, a nuestro juicio, el Ministro como tal tiene poco que hacer.

991. Pero que no obstante, a nuestro juicio, no impide que semejantes poderes fueran ampliados a la judicatura, al modo holandés.

Ésta es, en líneas generales, la interpretación que proponemos, teniendo en cuenta eso sí, las lecturas restrictivas. Creemos no obstante que, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, esta interpretación es la más amplia posible, aunque no corresponda a un modelo ideal. En todo caso, de modo similar a las reflexiones anteriormente expuestas al referirnos a la facultad de autorización, la naturaleza de la «vigilancia» italiana nada tiene que ver con las instrucciones que establece el art. 127 RO holandés y es más limitada, y de distinto sentido, si se compara con la capacidad del Ejecutivo español de «interesar» al FG, establecida en el art. 8 EOMF⁹⁹².

Por último, procede finalizar este capítulo, haciendo alguna referencia al deber de información parlamentaria del Ministro en el sistema italiano.

Cabe recordar que el MJ tiene la facultad de solicitar información a todos los magistrados jefes sobre el funcionamiento de la justicia (art. 14 Ley 195/1958), así como sobre los magistrados individualmente (art. 56 d.P.R. 916/1958). Según algunos autores, precisamente estas disposiciones tendrían como principal función, no la de servir como instrumento para ejercer la acción disciplinaria, sino para informar a las Cámaras⁹⁹³.

Como sucede siempre en la legislación italiana, no existe tampoco en estos casos ninguna distinción entre la judicatura y el MP. En definitiva, no parece posible establecer sobre el único poder específico de «vigilancia» que posee el MJ sobre el MP frente a la judicatura, una mayor capacidad de sus poderes de información y, correlativamente, un deber mayor de dar informaciones o explicaciones en sede parlamentaria. Ya que en el derecho italiano vigente es más que discutible la existencia de competencias para determinar las líneas generales de la política criminal, parecen cuanto menos problemáticas las interpelaciones y preguntas dirigidas a saber las líneas adoptadas por los órganos de la fiscalía sobre determinadas cuestiones; y lo mismo si se llama la atención del Ministro por no conocer las líneas efectivamente seguidas por los fiscales investigadores, o sobre el comportamiento de cualquier fiscal. Y ello por una serie de buenas razones:

- Porque no debe de hecho existir una «línea» de política investigadora por parte de los órganos del MP si se acepta la interpretación más defendida del art. 112, que no consentiría valoraciones de oportunidad, ni siquiera una gradación de prioridades;

992. Y además en todo caso, como señala DOMIONI («Per un collegamento...», *op. cit.*, pg. 57), la acción disciplinar y la vigilancia no pueden servir como mecanismos de orientación de la actividad acusatoria. No obstante, ZANON, N. parece sugerirlo en algún momento. *op. cit.*, pg. 228.

993. VERDE, G., *L'amministrazione della giustizia...*, *op. cit.*, pg. 211.

- Porque aunque existiera, ¿podría tener el MJ, responsabilidad sin participar en su diseño?;
- Porque en base a la interpretación y al «miedo» que caracteriza a la doctrina italiana, cualquier instrumento que permitiera verdaderamente conocer estos detalles, podría considerarse, bajo pretexto de recabar información, intentos de influencia indebida sobre la actividad del MP. Sin embargo, la imposibilidad de semejantes interpelaciones o preguntas puede producir una falta de comprensión por parte del Parlamento que le impida ejercer sus funciones de control, que legítimamente pueden ser de denuncia política sobre situaciones difícilmente admisibles: pasividad de la fiscalía ante una *notitia criminis*; o la existencia de una variedad de criterios valorativos o procesales ante los mismos delitos⁹⁹⁴.

Es nuestra opinión que de la «vigilancia» y de las competencias constitucionales del Ministro, debe derivarse no sólo en una obligación informativa, sino también ejecutiva. A nuestro juicio serían fiscalizables por ejemplo los criterios de uso, o de no uso, de la acción disciplinar⁹⁹⁵.

III. LA REFORMA DEL ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL (EOMF) Y LA NUEVA RELACIÓN ENTRE EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO Y EL GOBIERNO ESPAÑOL

Es posible afirmar que la relación del MF español con el Ejecutivo, en comparación con sus homólogos holandés e italiano, ha sido la más difusa o indeterminada, no estando nunca demasiado claro ni su contenido ni sus límites. Con ello no se pretende afirmar que comparativamente, en la práctica, resulte la peor tipología de relación, pero sí la más confusa. No hay más que echar un vistazo a las polémicas doctrinales sobre el contenido de la

994. ZANON, N., *op. cit.*, pg. 241.

995. Desde un punto de vista comparado, esta cuestión no genera dudas en Holanda. El Ministro debe informar de todo lo que concierne al MP. En España, como veremos más adelante, ésta es una de las situaciones más conflictivas. Especial virulencia tuvo esta cuestión a raíz de determinadas actuaciones de la Fiscalía con respecto a imputados del entorno etarra durante la época de tregua. También a raíz de la interpretación de la Ley de Partidos y de las actuaciones de la Fiscalía para la ilegalización de partidos como ANV o PCTV. Constantemente se habla de que «el gobierno ilegalice» a esos partidos, se especula con las instrucciones dadas o no dadas a la fiscalía etc. Es común entre los dos grandes partidos acusarse en las Cámaras de «mentirosos» conforme a las actuaciones realizadas por el Gobierno con respecto a la Fiscalía en este tema. Es común que el partido de la oposición pida información sobre las instrucciones dadas a la Fiscalía por el Gobierno, y que el partido del Gobierno niegue haber dado alguna. Que información debe dar el Gobierno español sobre la Fiscalía no es una cuestión clara, pues no lo es su relación.

misma, y a las diatribas políticas y a menudo vocingleras que se producen en sede parlamentaria, también en el ámbito de los medios de comunicación, con motivo de actuaciones y manifestaciones concretas de los Fiscales Generales o de los correspondientes Gobiernos de todas las tendencias, a lo largo de nuestra reciente historia democrática.

Sin embargo, acabamos de analizar la fuerte aceptación, la construcción articulada de un modelo de MP, el caso holandés, basado en gran parte en una relación establecida con el Ejecutivo –y en especial con el MJ– que lejos de haber ido quebrándose en los últimos tiempos en busca de una mayor independencia del MP, se ha ido clarificando y concretando en términos más explícitos, con el fin de conseguir una mejor colaboración entre ambos órganos. Como hemos escrito en otras páginas, el sistema holandés asume las polémicas que pueden surgir de esta relación como parte sustancial del juego democrático en el que se deben ver envueltos el Ejecutivo y el Ministro de Justicia, y también el MP.

En el lado contrario, y a pesar de enormes esfuerzos doctrinales por identificar las diversas posibilidades constitucionales de distintas configuraciones que permitan estructurar determinadas relaciones entre el MJ y el MP italiano, la labor normativa del CSM, la doctrina del Corte Costituzionale, o la pasividad del legislador incapaz de sacar adelante nuevas regulaciones de conjunto e incluso de cumplir con sus obligaciones constitucionales en la redacción de una nueva ley sobre la magistratura *«conforme con la CI»* (disp. transit. VII CI), han llegado a establecer una ruptura total de relaciones entre ambos órganos. El rechazo explícito a cualquier tipo de relación funcional (e incluso orgánica) entre el MP y el MJ ha dominado y domina la doctrina y la opinión pública italiana.

En el camino intermedio, las relaciones entre el MF español y el Gobierno no son tan estrechas como en Holanda, pero diferenciadamente de Italia, sin duda existen y tienen gran relevancia en la definición y configuración del órgano español. Una primera precisión es que si bien tanto en Holanda como en Italia las relaciones se plantean siempre entre el MJ y el MP, sin embargo en España, aunque el MJ pueda ser considerado el interlocutor del Gobierno en sus relaciones con el MF, sin embargo, las decisiones fundamentales y los contactos entre ambos órganos habrán de atribuirse y hacerse en nombre del Gobierno⁹⁹⁶. No obstante, al igual que en Holanda,

996. Sin duda esta diferencia se explica también, en un sentido más amplio, al considerar el sistema parlamentario de cada país. Tanto en Italia como en Holanda cabe la moción de censura individual sobre los Ministros sin provocar necesariamente una crisis de Gobierno. En España la situación es más bien la contraria. La responsabilidad solidaria del Ejecutivo (art. 108 CE) tiene como consecuencia ineludible que las relaciones entre el MF y el Ejecutivo y la exigencia de responsabilidad correspon-

el representante del MP ante el Gobierno y ante el Parlamento, es solamente uno: en el caso holandés, el Consejo de Fiscales Generales, en España, el Fiscal General del Estado.

Como ya sabemos, la primera cuestión esencial de la relación entre ambos órganos es la capacidad del Gobierno en el nombramiento del FG (art. 124.4 CE). Corresponde al Gobierno la capacidad de proponer al candidato y la decisión última sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado.

No vamos a reiterar argumentos ya expuestos con anterioridad, pero conviene recordar que, en nuestra opinión, son rechazables las argumentaciones que fundamentan la legitimidad democrática del MF para actuar en este nombramiento, siendo todos los miembros de la Fiscalía delegados del Fiscal General. La legitimidad del MF, y de cada fiscal, para actuar proviene de la ley. El alcance del significado del nombramiento español, en realidad toda la concepción sobre las relaciones entre el Ejecutivo y el MP, reside en el grado de importancia otorgado a la relación entre quien tiene atribuida la misión constitucional de diseñar la política interior y exterior del Estado (el Gobierno) y, entre ellas la política criminal, en sus diversos ámbitos: las políticas de prevención, la dirección policial, la administración del Poder Judicial o el impulso de la política legislativa –con la autoridad que tiene atribuida, dentro de su autonomía, la importantísima misión de activar el *ius puniendi* del Estado que es, a su vez, el elemento esencial para la consecución de los objetivos de la política criminal–.

En realidad, gran parte de las relaciones entre ambos órganos podrían dilucidarse desde la meta-discusión filosófica sobre la relación entre la Política y el Derecho. Pero no es ésta una reflexión filosófica sobre esta cuestión; queremos centrarnos sobre el Derecho Constitucional y la relación que, en dicho ámbito, se establece entre ambos órganos. Y, como ya hemos analizado, la relación constitucional establecida en el art. 124.4 de la CE tiene su origen en un debate constituyente en el que, a nuestro juicio, quedó claro que el nombramiento del FG del Estado por el Gobierno era o es el nuevo elemento por el cual ambos órganos, en realidad ambas misiones constitucionales –dirección de la política criminal y ejercicio de la acción penal–, mantienen una relación considerada de suma importancia, tras renunciar en dicho debate a que el Ministerio Fiscal continuara siendo «*el órgano de comunicación del Gobierno*» ante los Tribunales de Justicia. Se trataba sin duda de que la relación se mantuviera, aun modificando sus términos, con el objetivo de otorgar mayor autonomía al MF. En realidad fue el resultado típico de tantos proce-

diente, se atribuyan al Gobierno en su conjunto (y por tanto a decisiones tomadas por el Presidente o el Consejo de Ministros).

sos negociadores constitucionales en la época de la transición española. Todas las posiciones renunciaron a algo, todas ganaron algo. La relación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal se mantuvo, pero fundamentada en unos nuevos términos. Y decíamos que se había producido una mudanza hacia una mayor autonomía del MF, porque desde la propia literalidad de la citada fórmula, nos parece evidente que el Ministerio Fiscal como «*órgano de comunicación del Gobierno*» implica la configuración del MF con una fuerte vinculación, casi de superior jerárquico, con el Ejecutivo. Coincidiendo con MARTÍN PALLÍN, esta expresión, nos parece que «extrae todas las posibilidades de instrumentalización que ofrece su consideración [del MF] como órgano del gobierno, que sirve a la comunicación con los otros Tribunales de Justicia»⁹⁹⁷. De hecho no hay más que comprobar las competencias del MJ extraídas de la LO del Estado de 10 de enero de 1967 y sobre todo del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 27 de febrero de 1969 (en algunas partes, aún en vigor).

En todo caso, se discute profusamente sobre las posibilidades de «*instrumentalización*» que el nombramiento político español comporta. Pero más allá de esta circunstancia, lo que es evidente es que el nombramiento por parte del Ejecutivo del Fiscal General del Estado, supone una relación de legitimación y apoyo político de la acción del Ministerio Fiscal, sin la cual, entre otras cuestiones, las preferencias en el ejercicio de la acción, el destino de los recursos humanos y económicos, y también, la búsqueda de resultados concretos fruto de determinadas interpretaciones y manejo de la ley, carecerían de justificación democrática. No estamos hablando de que no tengan justificación jurídica, que la tienen, todas y cada una de ellas, por cuanto el MF es un órgano dotado de *autoritas* para realizar toda una amplia gama de acciones jurídicas dentro del margen de su autonomía funcional que le otorga la CE, el EOMF o la LECrim. No obstante, salvo que se defienda la independencia orgánica del MP y su actividad autovalidante como consecuencia de una acción obligada de interpretación automática de las leyes, una vez más, salvo que se confundan las funciones del MF con la actividad jurisdiccional al MF con el PJ, la «política» orgánica y la «política» funcional del MF en el desarrollo de su actividad, requiere de apoyo político para su justificación, dentro de un ámbito democrático.

Antes de penetrar en el cambio legislativo que se ha producido en la Ley 24/2007 de reforma del EOMF en materia del nombramiento del Fiscal General y comprobar si el significado del mismo ha variado con respecto a la

997. MARTÍN PALLÍN, J. A., «El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales», en *El Poder Judicial*, Dirección General de los Contenciosos del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, Vol. II, pg. 1792.

legislación anterior, no nos resistimos a adelantar un ejemplo, precisamente relacionado con esta modificación legislativa, que creemos ilustrará bien nuestras reflexiones y sustentará además nuestra opinión sobre la necesidad de fundamentar una relación entre el Gobierno y el MP basada en el necesario apoyo político del Gobierno sobre las acciones del MF y su actividad, así como sobre las consecuencias que se derivan de las mismas.

Precisamente en el trámite parlamentario introducido en el nuevo art. 29 de EOMF, que establece la comparecencia ante la Comisión parlamentaria correspondiente –Comisión de Justicia del Congreso según el Reglamento de la Cámara– del candidato a FG propuesto por el Gobierno, con el fin de valorar sus méritos e idoneidad, se produjo una interesante discusión que retomamos en una línea argumental específica⁹⁹⁸.

Basta con analizar un único punto de discusión, si bien uno de los más polémicos: la actuación del MF en relación a la Ley Orgánica de Partidos Políticos (LO 6/2002 de 27 de junio), única autoridad legitimada junto con el Gobierno –a través de la Abogacía del Estado– para instar el procedimiento de ilegalización de partidos y de candidaturas presentadas en los procesos electorales (art. 11 LOPP)⁹⁹⁹. Según los portavoces de los partidos políticos con representación parlamentaria presentes en la Comisión de Justicia, la actuación del MF y, en concreto, de su superior jerárquico y máximo responsable, el Fiscal General del Estado, podía calificarse de modos muy distintos.

En opinión del Grupo Mixto, entre otros formado por el partido de Unión por el Pueblo y Democracia (UPyD) y en palabras de su portavoz, integrada en dicho grupo parlamentario, la diputada Díez González consideraba, entre otras duras críticas, que el FG y por ende la entera Fiscalía se había comportado, en relación con la lucha antiterrorista pero en concreto en aplicación de la LO de Partidos, durante los últimos cuatro años –tiempo en el que el candidato CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. había ya ejercido el cargo de Fiscal General– «como el fiscal general del Gobierno al servicio de los intereses particulares del Gobierno, de la política que el Gobierno había decidido hacer». Y por supuesto la diputada afirmó que «si pudiera votarle no le votaría»¹⁰⁰⁰.

998. Todo ello en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia, Sesión núm. 2, de jueves 8 de mayo de 2008. Año 2008, IX Legislatura, Diario núm. 25. Puede encontrarse sin problemas en la página oficial del Congreso de los Diputados español. www.congreso.es

999. La llamada Ley de Partidos Políticos, polémica siempre desde su andadura, ha permitido la ilegalización de las candidaturas electorales y de partidos políticos vinculados por razones orgánicas, económicas o directamente delictivas con el entorno de la banda terrorista ETA, y en general, con el que fue siempre su brazo político, el ya ilegalizado partido político, llamado en sus orígenes Herri Batasuna.

1000. *Diario de Sesiones...*, *op. cit.*, pgs. 8, 9 y 10. La misma diputada, en una intervención posterior durante la presentación de la Memoria Anual de la Fiscalía por el mismo

Por su parte, el Diputado Canet i Coma, portavoz del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya els Verds, valoraba la actuación del FG respecto a la misma Ley, en términos claramente políticos, aunque sin duda aludiendo a actuaciones jurídicas realizadas por la Fiscalía, como «la historia de un cambio de posición»¹⁰⁰¹. Cambio de posición que por supuesto se vinculaba al cambio de política gubernamental con respecto a la lucha antiterrorista, primero en base a una tregua, después basada en la ruptura de la misma. A pesar de las afirmaciones, el diputado no se posicionó en términos claros acerca de si el Grupo Parlamentario le otorgaba su apoyo, o adecuándose a los términos de la ley, si le consideraba o no idóneo para ocupar el cargo.

De muy distinta índole fue la exposición realizada por el diputado Olabarria Muñoz, del Partido Nacionalista Vasco, quien a pesar de mostrar su disconformidad con el objeto y letra de la ley, fue de los pocos parlamentarios que centraron su valoración sobre la actuación del Fiscal General en su actividad jurídica, en puridad en el ejercicio de su actividad como acusador público, valorándola de forma satisfactoria considerada su dificultad¹⁰⁰².

Fiscal General, reiterando los mismos argumentos señalaba que «su trabajo al frente de la Fiscalía es un ejemplo de arbitrariedad totalmente inadmisible», pues con respecto a la Ley de Partidos, «usted Señor Fiscal General del Estado, no pidió la ilegalización [sobre candidaturas del Partido de ANV], ni impugnó todas las candidaturas, no veló por el cumplimiento de la Ley ni por la protección de los ciudadanos y, por tanto, de los derechos de los ciudadanos. Usted ha esperado a que la coyuntura partidaria indicara que pudiera hacer otra cosa; usted Señor Fiscal General del Estado, ha demostrado una enorme arbitrariedad en toda su actuación, como le he dicho antes, una arbitrariedad sobre la que hay jurisprudencia extensa del Tribunal Constitucional que le llevaría a tenerse que marchar de esa institución que preside». Diario de Sesiones núm. 137, IX legislatura de jueves 6 de noviembre 2008. Sesión núm. 6, pg. 9. www.congreso.es.

1001. *Diario de Sesiones...*, *op. cit.*, pgs. 10 y 11. En sus propias palabras: «El cambio de posición jurídico se puede explicar por el cambio del contexto político: sus primeras tomas de posición obedecían probablemente a la existencia de un proceso de diálogo para acabar con el conflicto político de Euskadi; las decisiones que tomó posteriormente seguramente hay que ponerlas en relación con el fin de la tregua. En Esquerra Republicana estamos convencidos de que usted y el Partido Socialista han cedido a la presión que ha ejercido durante los últimos años el Partido Popular, verdadero vencedor de esta batalla ideológica». Conviene recordar que la banda terrorista ETA declaró unilateralmente un período de tregua en un comunicado de 24 de marzo de 2006, bajo la terminología de «*alto el fuego permanente*», y que dio lugar a un proceso de negociación entre el Gobierno y la banda terrorista con el fin de llegar a su disolución. La tregua se rompió, según ETA, con el comunicado de 6 de junio de 2007, en realidad seis meses después el atentado de la banda terrorista mediante una bomba en la Terminal 4 del aeropuerto de Barajas (Madrid) y que tuvo como consecuencia la muerte de dos personas y la ruptura de la negociación por parte del Gobierno.

1002. *Ibidem*, pg. 11. «Su actuación [la del MF y en concreto la del FG] en el ámbito de la aplicación, en el ámbito de su capacidad para enervar las previsiones de esta ley, ha sido razonablemente correcta dadas las dificultades que tiene la aplicación de una ley de estas características, donde el arbitrio más absoluto en la Sala del 61 [Sala Especial del Tribunal Supremo] es el que adopta las decisiones finales sobre

En su intervención, el Diputado Jané i Guasch, en calidad de portavoz del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), se abstuvo de realizar valoraciones sobre la actuación del Fiscal General en este ámbito. No obstante, hizo algunas reflexiones que conviene reseñar, así como señalar que explícitamente le otorgaba su valoración positiva. En primer lugar, y estamos de acuerdo, señaló el carácter histórico de la comparecencia¹⁰⁰³, por cuanto, por primera vez, el candidato elegido por el Gobierno debe someterse a una comparecencia previa parlamentaria. Entre las virtudes del candidato señaló «que Convergència i Unió valora positivamente la buena disposición que el entonces Fiscal General del Estado, Conde-Pumpido, C., (en ese momento candidato) *tuvo con esta Cámara*». Y a colación, solicitaba el impulso de las nuevas Fiscalías de la Comunidad Autónoma y recordaba que según la nueva Ley 24/2007, sus Fiscales Superiores también habrán de cumplimentar el trámite de la comparecencia parlamentaria ante las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas antes de ser nombrados¹⁰⁰⁴.

No fue positiva la valoración de la idoneidad del candidato realizada por el Diputado Astarloa Huarte-Mendicoa, portavoz del Partido Popular, principal partido de la oposición en la actualidad y en el momento del trámite parlamentario¹⁰⁰⁵. Para el Partido Popular, en lo que se refiere en concreto a la aplicación de la Ley de Partidos, el candidato había sido «... el Fiscal General de las ideas de un partido político puestas en ejecución... Usted estaba –debería haber estado, ya veremos para qué está– para defender la ley y ha convertido la defensa de la ley durante cuatro años, en innumerables aspectos, en una burla de la ley porque ha sometido la aplicación de la ley a los criterios políticos»¹⁰⁰⁶.

la legalidad o no de los Partidos Políticos, y el Ministerio Fiscal junto al Abogado del Estado, tiene la capacidad de instar un procedimiento de ilegalización cuando prevé que hay indicios que hacen suponer que se incurre en algunas de las causas previstas en el art. 9 de la ley, pero de ahí a llegar a concluir que sólo por militar en determinadas organizaciones políticas caracterizadas por cierta ideología política, en este caso independentista, se está ya formando parte de una organización terrorista, va un trecho que yo pienso que usted ha sabido siempre diferenciar, y espero sobre todo que siga sabiendo diferenciarlo».

1003. Cabe identificar esta figura con los conocidos «hearings» parlamentarios característicos del sistema norteamericano.

1004. *Diario de Sesiones...*, *op. cit.*, pgs. 14 y 15.

1005. *Ibidem*, pg. 17. De hecho lo consideró «... absolutamente no idóneo, y la persona que no sólo es poco idónea, sino probablemente es la menos idónea en el día de hoy porque, como le dije en la última comparecencia que usted hizo en el ejercicio de su cargo, usted ha sido un Fiscal General del Estado irrepensible que ha batido todos los récords» [de mala actuación ha de sobreentenderse, pues el diputado se desvía en ese punto del discurso].

1006. *Ibidem*, pgs. 17 y 18. Y continuaba: «usted ha aplicado al mismo tiempo una lectura de la ley y su contraria, en pasos sucesivos, y eso lo sabe todo el mundo. ¡Todo el mundo!... Y usted se presenta a pedir la confianza de esta Comisión habiendo dado cobertura, como le he repetido, a la inaplicación de la ley para un proceso de negociación con los terroristas. Hasta el punto de que incluso cuando ha llegado

En el extremo contrario se situaron necesariamente las afirmaciones del Diputado Villarubia Mediavilla, en aquellos momentos portavoz del Grupo Parlamentario Socialista, perteneciente al partido del Gobierno encargado de designar al candidato. En palabras de este portavoz, la valoración de determinados grupos sobre el Fiscal General estaba siendo basada en un juicio «político que no jurídico, con sentencia claramente prevaricadora, acusándole y condenándole». Mas no obstante, en su propia visión, «la inmensa mayoría de los demócratas pensamos que usted sí ha defendido con dignidad, con valentía y con gallardía los derechos de los demócratas, los derechos del conjunto de los ciudadanos, incluso de aquellos que pagamos el máximo precio posible por defender nuestras ideas». Sin duda, era una referencia velada a la aplicación de la Ley de Partidos y a la consideración de que incluso quien se encuentra bajo la más directa amenaza terrorista, había visto protegidos sus derechos en la aplicación de la misma. No hay de hecho ninguna referencia expresa a la actuación del MF conforme a la Ley de Partidos, pero entre otros argumentos, el portavoz señala logros del candidato, como el desarrollo de la especialización y la territorialidad que suponen «el fortalecimiento de la unidad de actuación, principio básico constitucional». En conjunto, el portavoz del Grupo Socialista se mostraba en total acuerdo con las prioridades señaladas por el Fiscal General en su intervención previa¹⁰⁰⁷. Y por supuesto, le manifestaba el apoyo total del partido gobierno sobre el conjunto de su gestión valorándola de forma muy positiva y considerando su figura absolutamente idónea¹⁰⁰⁸.

a aplicar la ley –a medias, sentando otra doctrina CONDE-PUMPIDO, C. muy singular, que es que en España hay un partido político que es medio legal y medio ilegal al mismo tiempo– usted se ha permitido expresar sus reservas mentales sobre la parte de la ley que sí había aplicado... Claro que esto pasó hasta que dejó de pasar, hasta que a ustedes les dejó de interesar políticamente seguir haciendo esa aplicación de la ley y pasaron a otra... está en la biografía que hoy nos trae aquí para pedirnos su confianza, que usted permitió con su inacción la vuelta del rostro político del terrorismo, primero, al Parlamento Vasco con el Partido Comunista de las Tierras Vascas y, después, a los Ayuntamientos con Acción Nacionalista Vasca».

1007. *Ibidem*, pgs. 3 a 8. Y que fueron las ss.: «la lucha contra la criminalidad organizada y, dentro de ello, fundamentalmente con la lucha contra el terrorismo de ETA y el terrorismo internacional, fomentando, conforme ya se viene realizando en los últimos años, el fortalecimiento de la cooperación internacional... la potenciación de las fiscalías, la lucha contra el tráfico de personas y la explotación laboral o sexual, la idea de protección de los más débiles que usted ha reiterado y practicado en cada una de sus decisiones sobre mujeres maltratadas, víctimas del terrorismo, mayores, menores desamparados, con la coletilla –no menor– de con independencia del lugar de origen y de su situación». Prioridades que el propio Fiscal General había señalado en la misma comparecencia, durante su intervención previa al turno de palabra por los diputados, como las propias de su mandato en el conjunto del MF.

1008. *Ibidem*, pgs. 20 y 21, «usted representa el tipo de fiscal... que un partido progresista como el nuestro queremos para una sociedad moderna, un fiscal que defienda los derechos del conjunto de los ciudadanos, pero que proteja especialmente a las personas más vulnerables... Se lo dije hace cuatro años y la actuación que ha llevado

En el turno de réplica del entonces candidato y después Fiscal General del Estado, el Sr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., admitiendo el disenso en el marco parlamentario, subrayó en defensa de su gestión, la dificultad de aplicación de esta ley, pero existe en realidad en otras muchas, «si se quiere ser respetuoso con su sentido y finalidad para que se cumpla la función para la cual ha sido diseñada, pero al mismo tiempo con el conjunto de los derechos establecidos en un Estado social y democrático de derecho como en el que vivimos»¹⁰⁰⁹.

Ya hemos señalado hablando del problema de la personalización italiana. El Fiscal General señala una cuestión clave. Las leyes tienen en muchas ocasiones dificultades de aplicación precisamente por los márgenes de discrecionalidad sobre la interpretación de su sentido y finalidad, para que cumpla su función, en la aplicación a los casos concretos.

Como fácilmente puede entenderse, no fue éste el único punto de discusión y objeto de crítica en la comparecencia. También la política de nombramientos, el desarrollo territorial¹⁰¹⁰, la calificación jurídica dada a otros he-

a lo largo de los mismos no hace sino ratificar y confirmar, la alta estima y consideración, y por lo tanto la idoneidad que expresamente nos pide a esta Comisión no en trámite inútil, el art. 29 del vigente EOMF».

1009. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 25, 2008, pg. 22. Comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de 8 de mayo 2008. Continuaba el FG en defensa de su gestión: «La Ley de Partidos, como se ha dicho aquí, es una ley compleja, que desde la perspectiva de la democracia tiene sus dificultades de aplicación... la hemos aplicado para algunos Grupos [Parlamentarios] de una manera remisa, para otros Grupos –que yo también respeto– con excesivo rigor y en algunos casos, con escaso rigor, pero creo que coincidiría más con el representante del Grupo Vasco, que ha dicho que [se ha aplicado] de una manera razonablemente aceptable. Nos ha costado mucho esfuerzo buscar en cada momento las pruebas, los datos y las razones para aplicar esa ley, pero debemos decir que se han presentado siete demandas y que ha habido continuidad... y en estas últimas elecciones, cuando hemos estimado que había base suficiente para ello, se han presentado otras dos demandas. Durante todo el tiempo se ha hecho uso de la ley en esas siete demandas, y salvo dos, que todavía no han sido resueltas por el Tribunal Supremo, las dos últimas, las otras cinco fueron acogidas por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional». Y por cierto, también recientemente, aunque no se relacione tan directamente con la acción de la Fiscalía sino más bien con el alcance de las Sts. del TS y del TC, pero que tuvieron origen en la misma actividad de la Fiscalía que defiende CONDE-PUMPIDO, C., también el TEDH de Estrasburgo, en su St. de 30 de junio de 2009, Asunto Herri Batasuna y Batasuna Vs. España, ha considerado que las actividades judiciales al amparo de la Ley de Partidos realizadas por el Estado español no han vulnerado ningún derecho fundamental.

1010. Como puede inferirse de alguna de las intervenciones recogidas, otra de las reformas introducidas por la Ley 24/2007 de reforma del EOMF, ha sido la creación de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas y de sus Fiscales Superiores. Puede decirse que esta figura representa una figura análoga al Fiscal General del Estado en el territorio de la CA (art. 11.2 EOMF), si bien están subordinados al Fiscal General del Estado. Como señalaba el diputado catalán Sr. Jané, además estos Fiscales Superiores deberán comparecer ante las Asambleas Legislativas antes de su nombramiento y presentar ante las mismas su propia Memoria Anual (Arts. 11.2

chos delictivos concretos (delitos de injurias a la Corona) o determinadas instrucciones¹⁰¹¹ dictadas por el Fiscal General, estuvieron presentes en el debate y tampoco fueron unánimes, ni mucho menos, los juicios o las valoraciones que suscitaron. Mas lo que queremos hacer notar, es el fuerte disenso que la misión básica, fundamental y principal del MF, esto es, el poder de acusar, su función de activar el *ius puniendi* del Estado, puede suscitar, al ser objeto de distintas interpretaciones políticas basadas en diferentes interpretaciones jurídicas. No nos parece sin embargo plausible que el ejercicio de la función jurisdiccional pueda ser objeto de una comparecencia y una crítica similar. Desde este punto de vista, nos parece que el MF en general y el Fiscal General en particular, deben ejercer su función con autonomía, sí, pero también que ésta, ya que es autónoma pero no independiente, debe gozar de respaldo democrático. Sólo así puede justificar su propia interpretación de la ley y por ende el desarrollo de su actividad, más allá de que su interpretación sea, por supuesto, jurídicamente motivada. El ámbito de actuación del MF es muy susceptible, como acabamos de describir, de posibles decisiones y actuaciones jurídicas muy controvertidas que, por supuesto, además tendrán importantes consecuencias prácticas. La identificación de responsabilidad pública sobre la adopción de este tipo de decisiones que debe ejercer el propio MF, y también el respaldo político a las mismas –que debe ejercer algún órgano político– se nos antoja irrenunciable como un punto de equili-

y 36.1 EOMF), del mismo modo que el Fiscal General ante el Parlamento. Seremos más incisivos en ello en el apartado correspondiente, al abordar la organización del MF tras la entrada en vigor de la nueva ley, pero ya adelantamos que frente a opiniones muy favorables a la reforma, existen otras que, apenas unos meses después de la aprobación de la ley, ya consideraban en esta misma comparecencia que se ha llegado a «un Ministerio Fiscal atomizado, de corte federal, que se aparta rigurosamente de su referencia constitucional». Ibidem, pg. 18 y que corresponden a las palabras del diputado Astarloa Huarte-Mendicoa, quien además, y a pesar de ser una reforma aprobada por el Parlamento, es decir una ley, atribuía al Fiscal General una responsabilidad fundamental en este aspecto de la ley, no sólo en su aplicación, como no podía ser de otra manera, sino «curiosamente» también en su origen y creación, considerándolo «otro de sus deméritos». Aunque pueda parecer exagerado, el propio Fiscal General, reconoce en la presentación de la Memoria correspondiente al año 2007, que el MF «ha sabido acometer su particular proceso de renovación, impulsado desde el propio seno de la Institución, sin otra finalidad y objetivo que adaptar su estructura orgánica y su sistema de funcionamiento al modelo territorial del Estado y a la realidad social del Siglo XXI». «Fiscalía General. Memoria», Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Vol. I, pg. XIV.

1011. Especialmente las Instrucciones 1/2008 referida a la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la policía judicial y la Instrucción 2/2008 sobre las funciones del fiscal en la fase de instrucción. Según la opinión del Grupo Parlamentario Popular, se trata de una invasión de competencias unilateral del MF sobre el resto del Poder Judicial. Ibidem, pg. 16. De hecho, esta polémica tuvo un extenso reflejo en la prensa escrita. «Los jueces plantan cara al Fiscal General»; o «Rebelión judicial contra la orden del fiscal», o «Jueces contra fiscales» (editorial). Los tres artículos en el Diario EL PAÍS, de 18, 19 y 20 de marzo 2008 respectivamente.

brio entre una actividad jurídica autónoma realizada por profesionales y la influencia y repercusión política que ello genera. No es el MF el encargado de determinar la finalidad de la política legislativa, pero sí es el encargado de aplicarla. No es tampoco el MF el responsable de la política interior y de seguridad del Estado, ni siquiera de la política sobre asuntos de justicia, pero su misión y el desarrollo de su labor tienen especial incidencia en sus resultados.

1. ¿HACIA UNA RESPONSABILIDAD PARLAMENTARIA?

Decíamos que la elección del ejemplo que hemos analizado anteriormente no era baladí, pues deriva de la reforma introducida en la Ley 24/2007. Hasta ahora, la libre capacidad de nombramiento y cese del Fiscal General de Estado por parte del Gobierno, no ofrecía discusión, por lo menos a nuestro juicio, acerca de en quien debía recaer la responsabilidad política de la actuación de la Fiscalía, al menos como responsabilidad *in eligiendo* e *in vigilando*. En definitiva, sobre quien recaía el necesario apoyo democrático de la acción de la institución. Es al Gobierno a quien el FG «eleva» la Memoria Anual, aunque también deba «presentarla» ante el Parlamento (art. 9 EOMF). A su vez, en contraposición, la otra cara de la moneda, estuvo siempre la sospecha sobre la capacidad del Ejecutivo de «manipular» políticamente al MF a través de dicha potestad de nombramiento. Es preciso examinar ahora si la nueva regulación ha incorporado una visión respecto a este juego de «*checks and balances*».

Con respecto al nombramiento del Fiscal General se han producido dos modificaciones fundamentales: como veíamos en el ejemplo, con carácter previo al nombramiento, se ha introducido «*la comparecencia de la persona elegida ante la Comisión correspondiente de la Cámara (Congreso de los Diputados), en los términos que prevea su reglamento a los efectos de que se puedan valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto*» (art. 29.2 EOMF). Y más importante aún, la segunda de las modificaciones producidas, establece el nombramiento del Fiscal General por un período de tiempo fijo y máximo de cuatro años, así como unas causas de cese tasadas, entre las que conviene destacar una: el cese automático tras el propio cese del Gobierno que le hubiera nombrado. Además, salvo que se ostente el cargo por un período inferior a dos años, el mandato del Fiscal General no podrá ser renovado (art. 31 EOMF)¹⁰¹².

1012. Artículo 31 EOMF: «1. El mandato del Fiscal General del Estado tendrá una duración de cuatro años. Antes de que concluya dicho mandato únicamente podrá cesar por los siguientes motivos: a) a petición propia; b) por incurrir en alguna de las incompatibilidades o prohibiciones establecidas en esta Ley; c) en caso de incapacidad o enfermedad que lo inhabilite para el cargo; d) por incumplimiento grave y reiterado de sus funciones; e) cuando cese el Gobierno que lo hubiera propuesto. 2. El mandato del Fiscal General del Estado, no podrá ser renovado,

El motivo de esta reforma, a tenor de los términos que se contienen en la Exposición de Motivos de la propia ley, de la doctrina y de quienes estuvieron implicados en su elaboración, es la de dotar de mayor autonomía al MF con respecto a los demás poderes del Estado¹⁰¹³. Procede examinar a continuación su contenido para constatar si realmente se dota de mayor autonomía al MF o por el contrario, pocos cambios pueden esperarse, tras la modificación adoptada.

1.1. La comparecencia parlamentaria (art. 29 EOMF)

Retomemos en primer lugar, la primera de las modificaciones: la introducción de la comparecencia parlamentaria. En un vistazo rápido a los debates durante la tramitación del Proyecto de Ley, puede comprobarse que éste fue, sin duda, un punto de absoluto consenso. Todos los Grupos estuvieron de acuerdo en la necesidad de introducir este mecanismo de control. Ahora bien, no pareció que en la subsiguiente comparecencia posterior a la entrada en vigor de la Ley, todos los Grupos le atribuyeran la misma importancia. Si algunos diputados tacharon la comparecencia de insuficiente respecto a sus pretensiones de proceder a una elección parlamentaria del FG, otros, como ya hemos hecho notar, la calificaron como histórica; mientras que, otras formaciones políticas lo describieron como un trámite inútil¹⁰¹⁴. Ahora bien,

excepto en los supuestos en que el titular hubiera ostentado el cargo por un período inferior a dos años. 3. La existencia de las causas de cese mencionadas en los apartados a), b), c) y d) del número anterior será apreciada por el Consejo de Ministros». A partir de este punto tercero se mantiene la antigua regulación del art. 31 previa a la Ley 24/2007.

1013. FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano, «El Ministerio Fiscal a través del proyecto de modificación de su Estatuto Orgánico». (*Separata*) *Curso de Verano de la UIMP*; «*Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*», Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado, Santander 21, 22 y 23 de agosto 2006, quien además de participar activamente en la redacción de la misma, fue después el Ministro de Justicia en el momento de la aprobación de la ley. En nuestra opinión, ambas circunstancias están políticamente relacionadas. Según sus palabras, «el sentido de la reforma era ya desde el borrador la potenciación de la autonomía del Ministerio Fiscal frente a los poderes del Estado, así como la redefinición de la estructura orgánica, actualizada con criterios de funcionalidad». pg. 14. Términos casi exactos que reproduciría en su comparecencia ante al Congreso, ya como Ministro: «una reforma de calado como la que hoy presentamos... se pretenden dos grandes objetivos: reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal consolidando su dimensión constitucional y actualizar su estructura buscando una mayor eficacia. Junto a estos dos objetivos, se abordan además ciertas mejoras de carácter técnico, aunque no por ello carente de importancia». Diario de Sesiones núm. 246, de 29 de marzo de 2007, Sesión 228, Congreso de los Diputados. Y en realidad, la idea de reforzar la autonomía del MF venía de más lejos, del Pacto por la Justicia de 2002. CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio, «El Ministerio Fiscal en el Pacto de Estado por la Justicia», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, Vol. III, Ministerio de Justicia, 2002, pg. 476, quien señalaba ya entonces que «las medidas destinadas a garantizar esa necesaria autonomía deben comenzar ya desde el nombramiento», proponiendo, exactamente las mismas medidas adoptadas en la reforma de Ley 24/2007.

1014. *Diario de sesiones...*, núm. 25, 2008, *op. cit.*, pgs. 8, 13 y 16.

una idea saltó a la palestra, que conviene reseñar como indicador de un posible cambio de orientación en la consideración del respaldo parlamentario que debe obtener el nombramiento del Fiscal General del Estado.

Frente a quienes consideraron este trámite como insuficiente por no otorgar en puridad ninguna capacidad de decisión a la Comisión –si bien no dudaban de su valor democrático–, o más aún, lo consideraban inútil al no alterar en nada el poder del Gobierno y por tanto su decisión efectiva, el diputado socialista Villarubia Mediavilla expuso una interesantísima disyuntiva a la Comisión «¿Qué sucede si en el trámite de valoración del candidato la mayoría parlamentaria no considera al candidato como idóneo?»¹⁰¹⁵. La respuesta del propio candidato, en este caso, fue que él mismo no asumiría el cargo¹⁰¹⁶.

Desde luego las palabras no tienen más valor que eso, palabras. Y es fácil especular sobre situaciones que no se han dado. Ahora bien, una vez más, conviene dejar claro, en primer lugar, que el valor jurídico de semejante situación no ha variado con la nueva reforma. La no aceptación del candidato por la mayoría parlamentaria no afecta a la validez del nombramiento por parte del Gobierno. De eso no puede haber ninguna duda.

No obstante, en segundo lugar, cabe preguntarse por el coste político de asumir el nombramiento sin más apoyos que el del Grupo parlamentario del Gobierno cuando éste no es mayoritario en la Cámara. ¿Es posible que se estableciese una política de nombramiento del Fiscal General que respetase el voto no favorable de la Cámara, obligando al Gobierno a retirar su propuesta? Sin duda, un primer paso para ello es esta comparecencia. Y desde luego, planteada en estos términos, no tenemos ningún reparo en afirmar que en Holanda bien podría instaurarse esta práctica, e incluso, con-

1015. *Ibidem*, pg. 19. Sus palabras concretas fueron: «¿Qué es un trámite inútil? Nos movemos en el ámbito de las presunciones, Sr. Presidente. ¿Quién puede asegurar que, si en esta Comisión unánimemente o mayoritariamente los Grupos Parlamentarios que representan la soberanía popular consideráramos que el candidato no es idóneo, el Gobierno va a mantener el nombramiento? ¿Por qué partimos de esas presunciones?».

1016. CONDE PUMPIDO TOURÓN, C. *Ibidem*, pg. 22. «En cualquier caso, puedo decir que si hubiese apreciado que la totalidad de los Grupos, como se planteaba en algún caso, se hubiesen expresado en contra de la idoneidad del Fiscal General del Estado, no habría hecho falta, en absoluto, que el Gobierno retirase la propuesta porque, como Fiscal General del Estado, sería el primero que no aceptaría ese cargo si no hubiese tenido un apoyo mayoritario de la Cámara, porque entiendo que el cargo de Fiscal General del Estado debe responder a la mayoría social, a la mayoría de los ciudadanos de nuestro país y, si por tanto, si no contase, como Fiscal General del Estado con el apoyo mayoritario de la Cámara –precisamente por eso el Gobierno, que tiene su apoyo en el Grupo mayoritario, hace la propuesta– o de aquellos Grupos que en este caso creo representan la mayoría absoluta de la Cámara, no habría asumido esta función...».

vertirse en una norma no escrita, de prudente y casi obligado cumplimiento. Muchas más dudas nos suscita esta tendencia y práctica política respecto a los nombramientos o la propia aceptación de los cargos en Italia o en España, donde ni ese tipo de costumbres han tenido calado, y si lo han hecho, se han roto en cualquier momento de enconamiento político entre los grupos parlamentarios, los diputados o los partidos políticos. Y ni siquiera estamos seguros de que deba defenderse esta modalidad, según en qué términos se plantee.

En este mismo sentido y siguiendo con las palabras del candidato, llama mucho la atención la específica relación parlamentaria que establece cuando afirma que el Gobierno hace la propuesta, por ser –en el sistema parlamentario español– quien sin duda ostenta la mayoría parlamentaria de su lado, aunque dicha mayoría sea simple únicamente. Y no sin intención, utiliza la palabra «propuesta» –que además es el término que explícitamente utiliza la CE en su art. 124.4– y no la de «nombramiento», aunque no desconozca que, en este caso, y desde luego hasta este momento ha sido así, propuesta equivale a nombramiento. Desde luego no es una asociación muy frecuente en la doctrina y, a nuestro juicio, no es toda la verdad. Es cierto que el constituyente también tenía pleno conocimiento de que dado el mecanismo de extracción parlamentaria del Gobierno, es prácticamente impensable que éste no goce del respaldo del grupo mayoritario (que no de la mayoría de la Cámara). Pero en nuestra opinión, no le atribuye la «propuesta» al Gobierno por esta razón, sino que fundamentalmente le atribuye el nombramiento del FG en base a razones muy concretas del reparto de misiones constitucionales y de la relación entre ellas, que se derivan de la relación entre la competencia constitucional del Ejecutivo de dirigir la política interior y exterior, la administración civil y militar, la defensa del Estado y la ejecución de las leyes (art. 97 CE) y la misión del MF de promover el *ius puniendi* del Estado (art. 124 CE). Como ya hemos hecho notar, ése es, creemos, el verdadero espíritu de la norma constitucional que implica el nombramiento por parte del Ejecutivo sin ningún tipo de cortapisas. Lo hemos visto en el debate constitucional español y en las diferentes concepciones del MF del art. 124 CE, y ampliaremos esta afirmación enseguida¹⁰¹⁷.

1017. Y por cierto que, a nivel comparado, allí donde predomina la idea de una necesaria relación entre el MF y el Ejecutivo, el mecanismo más habitual a nivel comparado para establecer la misma es vinculando el nombramiento y cese de su máximo representante con el Gobierno. MIRANDA ESTAMPES, M. y GUASCH FERNÁNDEZ, S., «El Ministerio Fiscal: consideraciones en torno a un modelo constitucional», *Rev. del Poder Judicial*, Tercera Época, núm. 55, Tercer Trimestre 1999, pgs. 303 y ss. Nos gustaría en este sentido recordar la peculiaridad holandesa. El MJ, responsable del nombramiento del Consejo de Fiscales Generales y de su Presidente, no tiene por qué pertenecer al partido mayoritario de la Cámara. Los habituales gobiernos de coalición holandeses han permitido muchas veces no ya que el Fiscal General sea

Ello no es óbice para señalar que, a nuestro juicio, la reforma producida establece un buen equilibrio si sabe interpretarse adecuadamente, abriendo además una posible tendencia política que no tiene por qué, ni debe, modificar el sentido final de la norma. En este sentido, buena nos parecería la actitud y pretensión de los candidatos de poseer un apoyo parlamentario mayoritario. Y consecuentemente que asimismo los gobiernos busquen el mayor respaldo parlamentario posible a su nombramiento del FG del Estado, o que, en su caso, retire su propuesta si no lo obtiene. Pero en todo caso, nos parece que el juicio debe restringirse siempre, como apoyo o como crítica, al ámbito político. La postura de la Cámara y la posterior actitud del Ejecutivo y del candidato deben servir como criterio de valoración política sobre lo que literalmente dice la norma, la idoneidad y méritos del candidato, y así como de la propia deontología del mismo y del propio Gobierno, del clima político alrededor del nombramiento y desde luego, de las propias perspectivas en política criminal del candidato, del Gobierno y de los Grupos parlamentarios de la oposición.

El mecanismo de la comparecencia aumenta mucho la transparencia y la responsabilidad pública del FG y del propio Gobierno¹⁰¹⁸. Aporta más elementos de juicio a la ciudadanía sobre el modo de ejercicio de las misiones constitucionales que a cada cual corresponden. A su vez, éste debe ser el límite de la nueva regulación si no queremos perder de vista el objetivo fijado por el art. 124 CE. La comparecencia es un elemento más que muestra la relevancia constitucional del MF, pero no debe ser motivo para considerar que la responsabilidad de la actividad del MF deba recaer ahora sobre el Parlamento. Con menos motivo se justifica que el Fiscal General del Estado sea un órgano de extracción parlamentaria, ni que la relación preferente y directa haya de establecerse ahora con el Parlamento. La misma *culpa in eligiendo* e *in vigilando* debe continuar atribuyéndose en exclusiva en el Gobierno.

No cabe aceptar el argumento de que la relación con el Gobierno «*politiza*» *per se* al MF e impide su actuación con plena autonomía. Precisamente, la comparecencia establece la posibilidad de un debate —cuando no una dis-

un candidato de consenso, sino que el propio Ministro también lo sea. En todo caso, cabe la moción de censura contra él.

1018. CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *Diario de sesiones...*, *op. cit.*, pg. 22. Como señala el propio FG: «Quisiera expresar que establecer la comparecencia, entiendo, ha sido voluntad mayoritaria de esta Cámara; que tiene un sentido de reforzamiento institucional para el ministerio público de mayor transparencia y proximidad a los ciudadanos representados por el Parlamento y que esta intervención tiene una función importante... es conveniente que se conozcan su idoneidad, su valoración o sus planteamientos por todos los Sres. Diputados y por todos los Grupos Parlamentarios».

cusión enconada— que produce, como acabamos de ver en el ejemplo citado, una enorme politización de la institución al abrir la vía del cuestionamiento de prácticamente todas sus actividades. No debe escapárseles que para quien tiende a definir la defensa de la legalidad del MF como una actividad cuasi-jurisdiccional que no necesita más que de una absoluta autonomía (o una independencia práctica) para su correcto ejercicio, la comparecencia no es en realidad una actividad demasiado coherente. Como se ha señalado, la misma idea de una comparecencia parlamentaria que permita el planteamiento de preguntas en clave ideológica, se compadece mal con la idea de un FG comprometido con la defensa de la legalidad, y entronca más con la tesis de quienes defienden la necesidad de un necesario respaldo democrático del FG derivado del Gobierno que lo nombra, y que legitime su actividad en términos políticos¹⁰¹⁹.

En nuestra opinión, todo ejercicio de responsabilidad pública nos parece positivo. Una vez fijadas las posiciones y las perspectivas de todos los representantes políticos, podrá el ciudadano saber a qué atenerse y qué esperar, juzgando la actitud y la actividad de cada grupo político y del propio MF. Por lo tanto, estamos totalmente de acuerdo con la figura de la comparecencia, discurra ésta como proceda¹⁰²⁰.

1019. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, Vol. V, Ministerio de Justicia 2000, pg. 546. Como señala este autor muy ilustrativamente: «es evidente que, las cuestiones planteadas por los diferentes grupos políticos que formen la Comisión Parlamentaria que haya de "examinar" al candidato lo harán desde sus propias convicciones políticas aun cuando lo sean con el loable propósito de hallar en el candidato la persona idónea para el cargo. La adopción de un sistema de esta naturaleza haría inevitable la toma de postura por parte del candidato en temas, sin duda, relacionados con la actuación del fiscal en casos sensibles al Poder... o a problemas de la actualidad... Desde luego, si lo que se busca es la mayor idoneidad en el candidato y el aspirar a nombrar a aquél con mayores garantías de defender con criterios de profesionalidad los intereses públicos, la única respuesta posible a todos los interrogantes formulados no podría ser otra que la de defensa de la Constitución y de las normas, como cauce de convivencia de la sociedad, lo que se traduciría en la necesaria toma de postura conforme a criterios de legalidad del seguimiento de las causas judiciales hasta las últimas consecuencias que el esclarecimiento de la verdad exigiera. Para ello, no sería necesario, desde luego, la comparecencia del candidato a Fiscal General del Estado ante dicha Comisión Parlamentaria. Bastaría decir que en tales casos el Ministerio Fiscal se conduciría en su actuar por los principios que le son propios: los de imparcialidad y legalidad».

1020. El propio NARVÁEZ RODRÍGUEZ, a pesar de sus palabras, también es partidario de la comparecencia. Ahora bien, siempre y cuando se limite a un análisis objetivo de las exigencias legales del art. 29 (reconocido prestigio, más de 15 años de ejercicio efectivo de la profesión jurídica) y el candidato demuestre «que dispone de un madurado programa de actuación para el desempeño de las funciones constitucionales que le han sido encomendadas». *op. cit.*, pg. 548. En nuestro propio caso, señalamos que la consideramos positiva «discurra como proceda», queriendo decir, que la politización del MF por parte de los diputados, será responsabilidad de los propios diputados. Y de los ciudadanos juzgar su actitud.

1.2. El plazo de nombramiento y las causas de cese (art. 31 EOMF)

La segunda de las modificaciones, si bien sin duda es un claro límite a la libre capacidad de cese del FG del Estado por el Ejecutivo, también suscita algunas cuestiones a plantear:

1.2.1. *El plazo de nombramiento*

No era el art. 31 que finalmente se adoptó en la reforma el que se preveía en los documentos previos al Proyecto de Ley. Como se señaló en la tramitación y después en muchas de ocasiones¹⁰²¹, el Programa Electoral del PSOE establecía el nombramiento del FG por un período fijo de cinco años. El propósito evidentemente era que el mandato del FG fuera superior al período de legislatura. Y no podemos negar, que tuvo un fuerte apoyo en la doctrina y en la propia Cámara¹⁰²². No es esa nuestra opinión.

Sencillamente, un plazo de cinco años nos parece inconstitucional. Su argumentación también es muy simple. Haciendo un rápido cálculo puede comprobarse que simplemente agotando los plazos de legislatura y mandato del FG, tan sólo en un período en el que produzcan cuatro elecciones legislativas después de la entrada en vigor de esta ley, eso suponiendo que todas las legislaturas agotaran todo su período de mandato, el Gobierno de turno vencedor de las elecciones trabajaría con un Fiscal General durante toda la legislatura al que nombró el Gobierno anterior. Cuestión que se repetiría cíclicamente. En el marco actual de la CE, existe cuanto menos una prerrogativa de propuesta de nombramiento otorgada al Gobierno. Ésta se vería limitada si no pudiera el Ejecutivo en algún momento ejercitarla –por no mencionar el absurdo de que un Gobierno apunto de cesar, tuviera que nombrar al

1021. Recordamos que todos los debates pueden encontrarse en: www.congreso.es.

1022. Sostenían esta regulación CiU, IU Verds, el PNV y el propio PSOE, este último al menos al principio. Por ej. la Enmienda 9 a la redacción del art. 31 del Grupo Parlamentario Vasco recogía una buena síntesis de lo que habían sido las justificaciones de esta posición: «Con la fijación de un plazo de 5 años para el mandato del Fiscal General del Estado se pretende reforzar la autonomía de esta institución respecto del Ejecutivo, ello en la medida en la que dicho plazo no coincide con el de la legislatura... En este sentido, siendo la autonomía en el ejercicio de las funciones constitucionales que tiene atribuidas uno de los fundamentos que deben prestigiar esta institución, se entiende que un plazo de cinco años no renovable constituye un elemento que refuerza la autonomía del Fiscal General del Estado...». www.congreso.es. Entre la doctrina favorable había habido pronunciamientos ya de por ej. CAMACHO VIZCAÍNO, *op. cit.*, pg. 477. En realidad puede afirmarse que todo este debate empezó ya con la publicación del «Libro Blanco del Ministerio Fiscal» (Ministerio de Justicia, Madrid 1997) que hablaba ya de la necesidad de introducir algún «elemento que reforzara la apariencia de independencia» del Fiscal General. Posteriormente el Congreso de los Diputados aprobó una Moción (27 de mayo 1997) por la que se comprometía a impulsar una reforma del EOMF y que ya incluía la previsión de la comparecencia ante la Comisión de Justicia del candidato a FG.

Fiscal General, dado el término de su mandato—. A nuestro juicio, «desde la actual vigencia del precepto correspondiente a la CE no es posible otra solución que menoscabe lo que es una prerrogativa de este rango»¹⁰²³ (de rango constitucional se entiende). Y por buenas razones que expondremos a continuación, además de las razones formales de constitucionalidad, apoyamos esta prerrogativa del Ejecutivo que nos parece un acierto constitucional; y siendo sinceros, nos parece además una prerrogativa de nombramiento y no de propuesta, como algunos autores y fiscales se empeñan en sugerir, como si en el constitucionalismo español significaran cosas distintas.

No se entiende muy bien la estricta limitación temporal del mandato, ni siquiera otorgando la posibilidad de una única renovación. No hay una sola referencia a ello en los debates parlamentarios. Y la posibilidad de que puede ser contraproducente, lo demuestra el mismo hecho de que no aplicándole la ley al Sr. CONDE-PUMPIDO, C., éste fue renovado en su cargo tras cuatro años ocupándolo, por un período, ahora sí limitado, de otros cuatro años¹⁰²⁴.

En un juicio de carácter político que nos atrevemos a permitírnos y aventurar, consideramos que si como se ha señalado en varias ocasiones —ya lo hemos subrayado en una nota anterior— la reforma actual nació en gran medida del interior del propio MF, es frecuente en la lógica política considerar que los mismos responsables continúen en su labor durante el período de integración y aplicación de la reforma. Muchos proyectos políticos, y la reforma de una institución tan relevante lo es en gran medida, pueden necesitar períodos más largos de tiempo de cuatro años¹⁰²⁵.

1023. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «El Fiscal General del Estado y su relación...», *op. cit.*, pg. 554, quien en todo caso defiende un plazo concreto de mandato.

1024. Hecho por cierto que sí se mencionó en los debates. La Disposición transitoria novena (Ley 24/2007), una disposición singular y hecha a medida, estipula que «*Quien desempeñe las funciones de Fiscal General de Estado a la entrada en la presente Ley continuará en el ejercicio de su cargo hasta que se produzca su cese, que sólo tendrá lugar cuando concorra alguno de los supuestos previstos por los apartados a), b), c), d) y e) del artículo Treinta y Uno, apartado uno del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*». Y añade: «*Quienes hubieran desempeñado el cargo de Fiscal General del Estado con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley no quedarán por ello excluidos de la posibilidad de ser propuestos por el Gobierno con forme al artículo Veintinueve del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*». Podría pensarse que la lógica legislativa detrás de esta disposición es la irretroactividad de las normas. Sin embargo, la Disposición transitoria octava rompe esta presunción al establecer que a la entrada en vigor de esta Ley, finalizaría el mandato de los Fiscales Jefes de los TSJ, sus Tenientes Fiscales y los Tenientes Fiscales pertenecientes a la segunda categoría si hubiesen cumplido el período de mandato de cinco años que introduce la nueva Ley. En caso contrario, cumplirían su mandato hasta su término. En todo caso, ninguno de ellos tiene límites para su renovación. Y hay que recordar, que el Sr. CONDE-PUMPIDO había cumplido también su período de mandato de cuatro años establecido en la Ley. En este sentido, creemos que no puede haber otro motivo para esta disposición que «asegurar que va a continuar como Fiscal General del Estado Don Cándido CONDE-PUMPIDO». Diario de Sesiones 824, Sesión 45 de 9 de mayo 2007. Las palabras pertenecen al Diputado Astarloa Huarte-Mendicoa.

1025. Desde luego es una premisa que se aplica siempre la clase política. Si se acepta

1.2.2. *Las causas de cese*

Con la salvedad que acabamos de hacer, nos mostramos desde luego de acuerdo con la introducción de un plazo estable de mandato y la introducción de unas causas de cese tasadas. La regulación actual nos parece correcta, y no apoyamos ciertas valoraciones jurídicas y políticas que se han pretendido extraer de la norma.

El cese automático del Fiscal General del Estado junto con el Gobierno que lo nombró [art. 31.1 e) EOMF], antes de cualquier valoración política, es una disposición necesaria y de estricta constitucionalidad que –junto con el plazo tasado de cuatro años– lleva al límite las posibilidades autonomía del Fiscal General con respecto al Ejecutivo en cuanto a la capacidad de nombramiento se refiere. Por la misma razón de respeto a la prerrogativa constitucional de nombramiento del FG del art. 124.4 CE otorgada al Gobierno y que afecta al plazo de cuatro años, no cabe entender que el mandato del FG se prolongue más allá, sin una renovación de la confianza por parte del nuevo Gobierno.

Por eso, hay que volver a lamentar que no se haya establecido la posibilidad de, al menos, una renovación para un nuevo mandato. De la legislación aprobada se desprende que, siempre que el FG no haya cumplido el plazo máximo de mandato establecido de cuatro años y, el en caso de que la legislatura finalice antes, nada impide que el nuevo Gobierno renueve el mandato del FG por el plazo que le reste. Si se hubiese permitido además la renovación del cargo de FG al menos por otros cuatro años, nada impediría tampoco que después de un período de legislatura y de mandato del FG completo y normal (cuatro años), el nuevo Gobierno reconociera el mérito y la eficiencia de su trabajo y le renovara en el cargo para la siguiente legislatura. Si eso ocurriese con gobiernos de distinto signo político, podría afirmarse con rotundidad, por primera vez, que el Fiscal General del Estado es un

esta necesidad una vez para quien es el titular del máximo órgano del MF, como ya se ha hecho, buscando claramente la renovación del actual Fiscal General, no entendemos la necesidad ni la intención de cerrar las puertas a esta posibilidad futura. Quizá, y sólo quizá, pues ya decimos que no hubo menciones específicas en los debates, se utilizó, o se pensó utilizar como moneda de cambio frente al desistimiento de la idea inicial de un Fiscal General del Estado con un mandato de cinco años. Lo cierto es que nos parece que ni siquiera el mensaje que manda a la ciudadanía esta limitación sea el correcto. En lugar de premiar el mérito y el trabajo bien realizado, aceptar que la autonomía del Fiscal General del Estado así como el mismo carácter autónomo de todo el MF puede no sólo implicar sino requerir un mandato superior a cuatro años, parece subrayarse que la *politización* del cargo aconseja su limitación a un plazo estricto. Como si al renunciar a la supuesta autonomía que otorga un mandato superior a la legislatura, se quisiera compensarlo con su no «imposición» por parte del Gobierno por período mayor de cuatro años.

órgano autónomo que no necesita ninguna vinculación política, al menos en términos de confianza y afinidad, que es de lo que trata la cuestión, para el correcto ejercicio de sus funciones.

En el trámite legislativo de la Ley se afirmaba que el cese automático del FG junto con el Gobierno que lo nombró supone un firme reconocimiento de la vinculación política del Fiscal General con el Gobierno¹⁰²⁶. Desde luego. Pero eso no significa que no puedan respetarse los propios ámbitos autónomos de competencia. A nuestro juicio, el ejercicio del poder de nombramiento de la máxima autoridad de un órgano que cumple una función esencial dentro del Estado de Derecho como es el MF, no puede ejercerse sin asumir su propia responsabilidad inherente. La responsabilidad por la *culpa in eligendo* e *in vigilando* sobre la labor del Fiscal General del Estado¹⁰²⁷ debe ser valorada al término de la legislatura en términos políticos como parte de la acción del propio Gobierno¹⁰²⁸. El hecho de que se inicie esta misma responsabilidad desde el propio nombramiento, conecta con la valoración de la oportunidad de que, establecidas las condiciones jurídicas para su ejercicio por la CE, sean las normas legislativas las que puedan permitir la entrada de distintas motivaciones políticas para el ejercicio de esta importante potestad de nombramiento por parte del Ejecutivo. Para ello, hubiera sido importante introducir la renovación de mandato por parte del FG por al menos otros cuatro años. Ello permitiría que un nuevo Gobierno de distinto signo nombrase al FG anterior, renovándole, pero también la del nombramiento de un candidato conocido por su proximidad ideológica a la opción política que reflejan los resultados obtenidos en las urnas. Ambas son acciones de Gobierno perfectamente válidas pero de muy distinto signo político, y por tanto, susceptibles asimismo de valoración política. El modo de ejercicio de la prerrogativa sería un buen elemento de valoración política de las orientaciones estratégicas del Gobierno. Y aunque en ese margen deben evaluarse, es mejor abrir esta posibilidad de ejercicio de responsabilidad política y pública que cerrarla, con un nombramiento sin posibilidad de re-

1026. Diario de Sesiones, núm. 824..., *op. cit.*, Astarloa Huarte-Mendicoa.

1027. Y que a diferencia de la responsabilidad por el nombramiento de los miembros del CGPJ, es una responsabilidad que perdura en el tiempo y nos parece incorrecto tratar de asimilar ambas responsabilidades, o lo que es lo mismo, asumir la irresponsabilidad del Gobierno una vez nombrado el cargo, como sucede con el CGPJ por razones obvias de pertenencia al PJ y su labor de gobierno independiente.

1028. Lo que no significa ni mucho menos valorar la actuación del MF en su conjunto. Este órgano toma centenares de decisiones en las que no participa de ningún modo el Fiscal General y que son fruto evidentemente del cumplimiento del principio de legalidad. Esta actividad propia del MF y de sus fiscales no entra dentro de las decisiones susceptibles de generar un conflicto político, y su labor sólo debe ser valorada jurídicamente por expertos o administrativamente, en términos de eficacia y eficiencia.

novación. Y asimismo a nuestro juicio, un cese tasado por el cumplimiento de un plazo superior al de la legislatura, no haría más que eliminar la responsabilidad del Gobierno nada más realizarse el acto de nombramiento.

Por lo que respecta a la segunda causa de cese que se contempla en la legislación, referente al «*incumplimiento grave y reiterado de sus funciones*» [art. 31.1 d) EOMF], y más específicamente, su apreciación por el Consejo de Ministros (art. 31.3 EOMF), a juzgar por ciertas valoraciones políticas, procede también plantear algunos matices sobre su correcta interpretación jurídica.

Durante la tramitación de la Ley 24/2007 que estamos analizando, se afirmó en multitud de ocasiones que la supuesta causa objetiva de cese no era tal, afirmando que la norma continuaba dando «el respaldo jurídico para el cese por la pérdida de confianza política» e incluso se calificó como un intento de «presentar un cambio en la concepción de las relaciones entre el Fiscal General del Estado, enmascarando la verdadera voluntad de subordinación y dominio sobre el Fiscal General del Estado», lo que además suponía «una pura trampa política»¹⁰²⁹. No podemos estar de acuerdo.

Todos los cargos, incluidos los magistrados del CGPJ (art. 119.2 LOPJ) o del TC (art. 23 LOTC), tienen anejo como causa de cese el incumplimiento grave de sus funciones. Así parece lógico que sea. Y semejante cláusula, perteneciente al derecho administrativo común, tiene a nuestro juicio escasas posibilidades de disfrazar la pérdida de confianza política. Bien es cierto que la concurrencia de tal causa de cese, tanto en un magistrado del CGPJ como del TC, será apreciada por el conjunto del órgano. Es decir, en su propio seno. Ello está justificado por una serie de buenas razones: la total independencia de ambas instituciones respecto de los poderes del estado, sus especiales funciones, y el individual y particular estatus jurídico de sus miembros. Ninguna de ellas puede predicarse la figura del Fiscal General del Estado. Siguiendo la misma argumentación que hemos venido sosteniendo hasta ahora, creemos que ningún otro órgano alternativo podría haber apreciado la concurrencia de esta causa de cese. Desde luego el propio MF, al no ser la Fiscalía General un órgano colegiado –como si es en el caso holandés–.

1029. Diario de Sesiones núm. 824, *op. cit.*, Las palabras pertenecen al Diputado Astarloa Huarte-Mendicoa, pero en parecidísimos términos se expresaba en el Pleno por ej. también el Senador Conde Bajén (Diario de Sesiones, núm. 129, de 12 de septiembre 2007, Senado). De hecho las enmiendas del Partido Popular –partido al que pertenecen el diputado y el senador–, eran de supresión de las causas de cese, pues «las supuestas causas objetivas de cese que introduce este nuevo artículo 31 son una pura apariencia que no modifican la situación actual, para la cual basta la actual previsión del art. 29 del Estatuto orgánico» (Enmienda 62, en el Congreso. www.congreso.es).

En nuestra opinión, siendo el Gobierno el encargado de nombrarle, de vigilar su actividad, debe ser también el responsable de valorar la concurrencia de las causas para su posible cese. Y desde dicha perspectiva, el Consejo de Ministros, órgano específico que emite resoluciones concretas, mejor que un «Gobierno» en general. Pues en todo caso, lo que debe resaltarse es que no se trata de un acto discrecional del Gobierno, sino de un acto «debido». Por mucho que pretenda interpretarse políticamente, el significado de esta cláusula supone la incorporación de una potestad reglada de cese, y no discrecional, por parte del Gobierno y por supuesto revisable en vía jurisdiccional, como lo son siempre, según la conocida doctrina administrativa, los actos reglados, con el fin de evitar lo que se ha dado en llamarse la «*desviación de poder*». Para lo que por cierto, no es necesario que concurra ni un fin privado, ni un interés particular¹⁰³⁰. En este caso, el hecho controlable por el TS sería la concurrencia de ese «grave y reiterado» incumplimiento de sus funciones por parte del FG. Los hechos por supuesto habrían de ser susceptibles de tal calificación en términos jurídicos, lo que trasciende las meras actitudes o actividades que, en cumplimiento de sus funciones, puedan suponer la pérdida de confianza política del Ejecutivo en el FG. Habrán de ser conductas que bajo un estricto análisis jurídico imparcial permitan afirmar que ha incumplido sus misiones constitucionales y sus funciones legalmente atribuidas. En caso de una resolución judicial que no aprecie la concurrencia de semejantes conductas o actuaciones, el acto del Gobierno devendría nulo. A nuestro juicio, la disposición citada es una nueva garantía jurídica que ampara el ejercicio del cargo de Fiscal General y que, sin duda, protege su estabilidad.

Desde luego en todo caso creemos que asimismo se produce una sustancial merma de la capacidad de presión política por parte del Gobierno, incluso para forzar la dimisión del Fiscal General, quien antes podría verse forzado a dimitir si deseara evitar la situación de su propio cese. A su vez, bajo esta nueva situación, la capacidad del Fiscal General de defender sus propios postulados organizativos y funcionales sobre la institución, aun a riesgo de una pérdida de la confianza política del Gobierno, se ve incrementada, dado que no puede ser cesado por esta razón. El propio Fiscal General del Estado consideró ante la Comisión de Justicia, que se ha producido una «radical transformación del cargo»¹⁰³¹.

1030. Una explicación clásica y siempre citada de este tipo de control de los actos del Gobierno puede encontrarse: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1980, pgs. 391 y ss.

1031. Diario de sesiones núm. 137, de 6 noviembre 2008, Sesión núm. 6, pg. 2. Continuando con sus propias palabras: «El hecho mismo de mi paso previo por esta Cámara como único responsable de nuestro sistema jurídico nombrado con la intervención directa de los tres poderes del Estado, es revelador de la voluntad transformadora implícita en la reforma del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal que SS. SS. aprobaron en la última legislatura. Pero otros hechos, de mayor trascen-

No obstante, no consideramos como hizo el FG excesivamente relevante la intervención de los tres poderes del Estado en su nombramiento. En todo caso, no nos parece que la intervención del CGPJ, o incluso la de la Cámara, por mucho que la consideremos altamente positiva por sus posibilidades de ejercicio de la responsabilidad pública de sus miembros y del candidato a FG del Estado, cambien en definitiva la relación entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno. Ésta debe seguir siendo la misma. Aún después del nuevo «*reajuste de armas*» y de la autonomía del cargo de Fiscal General frente al Gobierno, a través de la introducción de las causas de cese tasadas.

Por último, no hubiera estado de más a nuestro juicio, introducir, sin perjuicio de que pueda producirse aún sin la previsión explícita de la ley, la misma comparecencia ante la Comisión en caso de dimisión del Fiscal General del Estado para explicar sus causas.

2. LA CAPACIDAD DEL GOBIERNO DE «INTERESAR» A LA FISCALÍA

La relación entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno español no ha podido distanciarse nunca de la complicada vinculación que mantienen en el ámbito del derecho penal, el principio de legalidad y el propio alcance del art. 97 CE de dirección de la política criminal que ejerce el Gobierno. Nos estamos refiriendo en realidad, a la relación entre la norma y su principio de legalidad, y su aplicación en definición del interés público. Como hemos visto, en el sistema italiano parece asumirse que no existe ningún tipo de política criminal que deba tener al ministerio público como medio para su ejercicio. Todo lo contrario sucede en Holanda. La clave de la problemática es, sin duda, la determinación de los propios ámbitos de actuación.

Acerca de la complejidad de esta cuestión, resultan ilustrativas las propias palabras del máximo órgano del MF a este respecto. En su comparecencia parlamentaria con motivo de la presentación de la última Memoria 2008 de la Fiscalía –correspondiente al año 2007– y a la concreta pregunta parlamentaria acerca de la política criminal que impulsa la Fiscalía General del Estado y, en particular, de la política antiterrorista, el Fiscal General del Estado afirmaba con rotundidad que «el fiscal, en nuestro sistema constitucional, ni hace ni impulsa la política criminal. En realidad, la política criminal, igual que el resto de las políticas en las áreas de que se trate, tiene su origen

dencia práctica si se quiere, aquilatan la nueva definición jurídica y una forma de distinta de presencia institucional del órgano al que represento. El Gobierno que me propuso no me puede cesar si no es por una de las causas legalmente tasadas bajo control jurisdiccional. Por tanto, nunca antes un fiscal del Estado habló en esta sede tan objetivamente amparado en su autonomía por la propia ley».

en la acción del Gobierno». Ahora bien, no dejaba de señalar que, en todo caso, la política criminal que el ministerio público y la fiscalía general del Estado impulsan es a su vez solo aquella que «se plasma en las leyes que SS SS aprueban. Es la política criminal aprobada por la ley». Aunque la política criminal del Estado se inicie a propuesta del Gobierno de acuerdo con el art. 97 de la Constitución¹⁰³².

Dejábamos antes una pregunta en el aire acerca de quien era el titular de la definición del interés público¹⁰³³. A nuestro juicio es sin duda el Gobierno, fruto de la misión constitucional que le otorga el art. 97 de la CE. Es su acción de gobierno la que, en un momento posterior a la redacción de la ley, debe, a través de su aplicación, colmar todas las posibilidades de defensa del interés público. La política criminal en esta situación es imprescindible. Esta política comprende muchas actuaciones en las que no es necesaria la implicación del MF, pero en muchas otras su complicidad es ineludible; más si se pretende dar respuesta a la acción de Gobierno, pero también, al conte-

1032. Diario de Sesiones núm. 137, *op. cit.*, Las palabras pertenecen al Fiscal General del Estado, D. Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. Aún a riesgo de resultar la cita demasiado larga, creemos que por su importancia y encaje de la cuestión referida a la relación entre el Ejecutivo, el MP y la propia política criminal merece la pena señalar las palabras del propio Fiscal General: «creo conveniente hacer antes una precisión conceptual. Al preguntarme por nuestra política criminal o por nuestra política en general y, en particular, por la política antiterrorista, creo que se está dando por sentado algo que los ciudadanos podrían malinterpretar. Por tanto, debo aclarar que el fiscal, en nuestro sistema constitucional, ni hace ni impulsa la política criminal. En realidad, la política criminal, igual que el resto de las políticas en las áreas de que se trate, tiene su origen en la acción del Gobierno. Como establece el art. 97 CE y, en lo que al Ministerio Fiscal concierne, la política criminal se plasma en las leyes que aprueba esta Cámara. Lo que nosotros hacemos es aplicar esas leyes y sólo en ese sentido, de aplicación de las leyes, se puede considerar que la institución que dirijo cumpla una función de impulso o de realización –diría yo más bien– de la política criminal del Estado. Por tanto, en cierto modo esta aclaración lleva implícita una primera respuesta a la cuestión que sus SS.SS. me plantean y es que el Ministerio Fiscal impulsa exactamente la política criminal que la ley le marca. En este contexto es obviamente cierto, y de ello he estado hablando aquí esta mañana, que la institución que dirijo procura optimizar sus recursos escasos para atender prioritariamente las principales preocupaciones de los ciudadanos. Por ejemplo la decisión de optar por la especialización del trabajo para proyectar ese principio de especialización sobre temas como el medio ambiente, la corrupción, la siniestralidad laboral y vial, la violencia de género, la protección y reforma de los menores, de impulsarlo en materia de extranjería o en materia de inmigración, integran decisiones de esta naturaleza. En esa misma línea, además de cuanto he dejado dicho, puedo añadir, con la esperanza de dar satisfacción a sus SS SS, algunos proyectos en los que pretendo centrar esta nueva etapa en la que tengo el honor de volver a dirigir el ministerio público. Pero dejo claro que la política criminal que el ministerio público y la fiscalía general del Estado impulsan es la política criminal del Estado que se inicia a propuesta del Gobierno de acuerdo con el art. 97 de la Constitución y se plasma en las leyes que SS SS aprueban. Es la política criminal aprobada por la ley».

1033. Cap. IV, ap. I.

nido de las propias misiones del MF: la defensa del interés público y la procura del interés social. Cuanto menos el MF es una pieza clave en la investigación penal, en los modos de su ejercicio –en la búsqueda del respeto a los derechos de los ciudadanos (víctimas e imputados), pero también, como hemos subrayado, de la celeridad, la coherencia y el aseguramiento de una respuesta coordinada, unitaria e imparcial en todo el territorio–, así como en la represión de los delitos y el propio castigo de la delincuencia. En todo ello se ven implicados criterios de aplicación de la legalidad que deben orientarse según sus específicas disposiciones a la prevención, rehabilitación y castigo: por citar un ejemplo, endureciendo la represión de aquellos crímenes que suscitan mayor alarma social –la violencia de género en nuestra sociedad–, arbitrando mejores medios de investigación y asegurando mayor celeridad procesal en la tramitación de denuncias y peticiones de condena más elevados según permitan los tipos penales, o favoreciendo la rehabilitación a través de los mecanismos que ha introducido la LO 5/2000 de responsabilidad penal de los menores, que asimismo hemos puesto de relieve en otras páginas. Para un correcto ejercicio de todas estas actividades, resulta indispensable la relación estructurada entre el encargado del «*indirizzo politico*» es decir el Gobierno, con quien activa el propio aparato punitivo del Estado, o sea, el Ministerio Fiscal,

A ello apenas parece dedicar un artículo el EOMF que, por cierto, no ha sido objeto de ninguna modificación. Aunque sí fue objeto de atención, al afirmar el diputado Astarloa Huarte-Mendicoa –no sabemos si con desazón o a los solos efectos de constatar un hecho– que en la reforma «*no se han eliminado ni limitado las instrucciones al Fiscal General del Estado*»¹⁰³⁴.

El artículo 8 del EOMF establece que:

«1. El Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público.

2. La comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal se hará por conducto del Ministerio de Justicia a través del Fiscal General del Estado. Cuando el Presidente del Gobierno lo estime necesario podrá dirigirse el mismo. El Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada. En todo caso, el acuerdo adoptado se notificará a quién haya formulado la solicitud».

Haciendo un inciso retomamos nuestra opinión de que si bien el FG ha ganado en autonomía, sin embargo las relaciones con el Gobierno no deben considerarse modificadas. En este sentido, nos parece muy importante resal-

1034. Diario de Sesiones núm. 824, *op. cit.*, El Diputado continuaba –en la línea de algunas de sus frases que ya hemos anotado en este epígrafe–: «*Estamos ante una pura fachada en todo lo que se refiere a la nueva regulación del nombramiento y cese*».

tar aquí que al igual que el citado art. 8 transcrito, ninguno de los demás artículos insertos en el mismo Capítulo IV del EOMF, titulado precisamente *«De las relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes públicos»*, ha sufrido modificación alguna. Ninguno, excepto el art. 11, que introduce la relación directa entre los Gobiernos de las CC AA y los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, a los que se dirigirán cuando *«en el marco de sus competencias... interesen la actuación del Ministerio Fiscal en defensa del interés público»* (art. 11.1 EOMF). Los Fiscales Superiores a su vez se lo comunicarán al Fiscal General del Estado, que resolverá lo que estime procedente oída la Junta de Fiscales de Sala (art. 11.1 EOMF). Por lo tanto, con la nueva regulación, el Gobierno de la CA ya no se dirige al FG *«a través del Ministerio de Justicia»* como sucedía antes, sino que lo pondrá en su conocimiento de su Fiscal Superior. A ello hay que añadir la asimismo novedosa relación del Fiscal Superior de la CA con la Asamblea legislativa correspondiente, y la capacidad del MF para establecer Convenios con las CC AA, previa autorización del Fiscal General del Estado (art. 11.3 EOMF). Ya lo habíamos mencionado previamente en este trabajo, pero conviene recordar que otra prueba de este incremento de relaciones entre los poderes gubernamentales y el MF, aunque no directamente ligada al art. 8, pero sí al art. 11 en conexión con el art. 22.4 EOMF, es la atribución a los Fiscales Superiores de las CA en su territorio de *«la representación y jefatura del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las atribuciones del Fiscal General del Estado»* (art. 22.4). Ello ha dado lugar a la celebración de convenios entre el MF y los gobiernos locales. Un buen ejemplo de ello sería, por ejemplo, el *«Conveni de col·laboració entre l'Ajuntament de Barcelona y la Fiscalia Superior de Catalunya en materia d'assetjament immobiliari»*¹⁰³⁵. En este marco acordado las partes se comprometen a crear una *«Comisió de Seguiment»*, formada por miembros del Ayuntamiento y por un Fiscal especialmente designado por la Fiscalía provincial para la lucha contra los delitos de acoso inmobiliario. El objetivo fundamental de este instrumento es incrementar la eficacia y eficiencia en la actuación de todos los órganos implicados en la lucha contra este tipo de delitos. Es, como el citado documento señala, un Convenio de colaboración entre ambos órganos.

A nuestro juicio, estos mínimos cambios, orientados en todo caso a aumentar y mejorar las relaciones del MF con los poderes públicos, son un claro aviso de que la reforma estatutaria está lejos del propósito de una *«desconexión»* de la institución con el poder político y las actividades representadas en la acción del gobierno. Todo ello sin perjuicio de la mejora de la autono-

1035. Fue suscrito el 4 de junio 2008 entre el Alcalde de Barcelona (D. Jordi Hereu i Boher) y la Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Cataluña (Dña. Teresa Compte Massachs). El Convenio me lo proporcionó el propio Fiscal «especial» designado por la Fiscalía Provincial, D. Fernando Rodríguez Rey.

mía del Fiscal General del Estado y la del propio Ministerio Fiscal en su conjunto –por ejemplo, a través del reconocimiento de su «*relevancia constitucional*», ya examinada–, lo cual es positivo pues se delimita mejor el ámbito competencial de cada órgano. En este sentido, más bien parece que las posibilidades de relación entre el poder político y el MF se han visto incrementadas, desconcentrándose el poder del MF. Proceso que no obstante, no quiebra en absoluto la unidad del MF español. Ahondaremos en ello más tarde.

La autonomía funcional del Ministerio Fiscal viene otorgada por un ámbito normativo externo –de varias leyes y reglamentos– a su vez cobertura de su actuación, pero también su límite. No cabe duda de que una institución como el MF carece de capacidad de autonormación, como es propio de los órganos que no tienen atribuida ninguna representatividad democrática ni, por lo tanto, responsabilidad política.

Más dudoso, y he aquí la fina línea que recorre esta discusión, es si el MF tiene atribuida la capacidad de establecer una línea política propia y preguntarse hasta donde llega su autonomía en este ámbito y cuál es el papel del Gobierno y su capacidad de intervención en la definición de esa misma línea política (la determinada por el art. 97 y la propia ley, según las palabras del propio Fiscal General del Estado).

El artículo 8 del EOMF ha sido interpretado de múltiples maneras. Se ha señalado que semejante disposición carece de significado alguno, pues el Gobierno es un interesado más, en igualdad de condiciones que cualquier otro ciudadano¹⁰³⁶. Por otro lado, se afirma que el citado precepto es un mecanismo esencial que posibilita al Ejecutivo el ejercicio de competencias que le son propias y sin el cual podría sufrir graves quebrantos la vida nacional¹⁰³⁷. De lo que no puede dudarse, salvo que se obvie por completo la literalidad del artículo, es que el Gobierno en cuanto a tal y como interesado cualificado en su calidad de gestor de los intereses públicos y sociales, puede interesar del Fiscal General del Estado que promueva las actuaciones oportunas¹⁰³⁸. Y eso significa, entre otras cosas, el ejercicio efectivo del poder de interesar al MF para que active el *ius puniendi* del Estado en un sentido u en otro.

1036. CALVO RUBIO, José Aparicio, «El Ministerio Fiscal en la Constitución», en *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, Vol. I, pg. 640.

1037. JIMÉNEZ BLANCO, A., «Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal»..., *op. cit.*, pg. 1642.

1038. GIL-ALBERT VELARDE, José M^a, «El Ministerio Fiscal en la Constitución», en *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, Vol. I, pg. 640. Autor no muy entusiasta del artículo, que subraya la necesidad de ahondar en la independencia del MF, aunque admite su verdadero sentido. En el momento de pronunciar estas palabras, ocupaba además el cargo de Fiscal General del Estado. En una posición pareja de rechazo doctrinal-aceptación

No puede negarse que MF español está abierto a todos los impulsos de la sociedad, pudiendo actuar «*de oficio o a petición de los interesados*» y que, como consecuencia de ello, el Gobierno tal y como dispone el artículo 8 del EOMF, podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público¹⁰³⁹. El Gobierno no ordena al Fiscal General del Estado, sino que le interesa, y éste, en el ámbito de su autonomía que, en cualquier caso, comprende el examen de legalidad de toda actuación que deba realizar, resuelve, oída la Junta de Fiscales de Sala, lo que estime procedente¹⁰⁴⁰. Lo que desde luego incluye que se estime su improcedencia, que además no tendrá por qué estar basada en razones de ilegalidad, sino que puede basarse en auténticos argumentos de procedencia u oportunidad procesal. De todo ello se deriva que el Fiscal General del Estado, y por supuesto el MF en su conjunto, poseen una verdadera autonomía funcional.

Ahora bien, el Gobierno es sin duda un interesado privilegiado, por cuanto es el único que posee los medios humanos y técnicos así como la información necesaria para convertirse, no ya en un interesado con dicho carácter, sino en el más importante y absolutamente principal de todos ellos. Y sin duda una prueba evidente de este privilegio, era la capacidad del Gobierno de cesar al Fiscal General si éste no resolvía conforme a lo interesado, máxime si estas discrepancias eran constantes¹⁰⁴¹. El hecho de que el Gobierno ya no goce de este privilegio, dota de mayor autonomía al Fiscal General, y reduce de un plumazo las posibilidades de manipulación espuria y partidaria de la institución a través de este artículo, pero no cambia un ápice su relación. Las razones para considerar que el Gobierno es un interesado privilegiado –además de por el hecho fáctico de la posesión de los medios humanos y técnicos y de la información que comentábamos– se mantienen intactas. El Gobierno elegido en las urnas dirige la política interior (art. 97), donde se incluye la política criminal¹⁰⁴² y, por supuesto, sobre él recae la

legislativa, se situaba también MUÑOZ CALVO, J. L., en «La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal», en *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, Vol. III, pgs. 2172 y ss.

1039. Interés público que por cierto nada tiene que ver con la razón de Estado. «La dependencia del Ministerio Fiscal y la investigación oficial»; GARCÍA GARCÍA, María de los Angeles, *Rev. Jueces para la democracia*, núm. 8, 1989, pg. 17. También en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529996>.

1040. Lo que resulta ser una diferencia fundamental entre el Ministerio Público holandés y el español, que conlleva sin duda una distinta naturaleza ejecutiva. Pero sobre todo a un juego distinto de «*checks and balances*» en el ámbito de la responsabilidad democrática.

1041. *Ibidem*, pg. 17.

1042. VIVES ANTÓN, T. S., «Doctrina Constitucional y reforma del proceso penal», en Jornadas sobre Justicia penal en España (Madrid, 24 a 27 de marzo 1987), publicadas en *El Poder Judicial*, núm. Especial II, Madrid 1987, pg. 100.

responsabilidad de la efectiva y eficiente ejecución de las leyes. Siendo titular de estas funciones, es al Gobierno a quien se le exige el correcto funcionamiento de un servicio público como es la Administración de la Justicia. En el ejercicio de la responsabilidad de lograrlo no se puede tratar al Gobierno como un interesado más –interesado solo en su causa y sus intereses–, sino que ha de permitirse el uso de los medios idóneos para hacer valer en el ámbito de la justicia –y eso incluye a los Tribunales del Poder Judicial– su concepción de interés público y social¹⁰⁴³, sobre el que posteriormente se le exigirá la correspondiente responsabilidad política. Y el Ministerio Fiscal es la institución idónea a dichos efectos. De ello es un buen ejemplo el sistema holandés.

Llevar a cabo una determinada política criminal, o simplemente pretender el éxito o la consecución de la política criminal que se desprende de las leyes, conlleva sin duda una importantísima labor de distribución de los medios, necesariamente escasos¹⁰⁴⁴ con los que se cuenta, entre otras cosas, para la investigación y persecución de los delitos. Existe una necesidad ineludible de establecer prioridades¹⁰⁴⁵. No obstante, ésta es sin duda una tarea que corresponde por entero al Ejecutivo. Es al Gobierno, como también señalan las reflexiones citadas de CONDE-PUMPIDO, a quien corresponde trazar las directrices de la lucha contra la delincuencia en cada momento y orientar la tarea de los organismos investigadores, conforme a las mismas. Eso puede limitarse a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, o puede ampliarse al Ministerio Fiscal.

Sin duda, en la solución holandesa, siempre en busca de una auténtica

1043. GARCÍA GARCÍA, «La dependencia...», *op. cit.*, pg. 18.

1044. Como reconoce sin complejos el sistema holandés, quizá el más sincero en el planteamiento de que la justicia responda fundamentalmente al interés público y a la satisfacción del interés social. Uno de los ejemplos más claros de la indisoluble relación entre el Gobierno y el MF en este aspecto es la regulación de las nuevas Fiscalías de Área y las Secciones territoriales. Como señala el nuevo art. 18.4 EOMF: «Cuando el volumen de asuntos, el número de órganos judiciales dentro de una provincia o la creación de una sección de la Audiencia Provincial en sede distinta de la capital de la misma lo aconsejen, el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal y el Fiscal Superior de la respectiva Comunidad, podrá proponer al Ministro de Justicia la constitución de Fiscalías de Área...». Y cuando no se den las circunstancias señaladas, de igual modo podrán constituirse Secciones territoriales. Además, se fijará su número y las respectivas plantillas por Real Decreto (a propuesta del Ministro de Justicia). Estas plantillas estarán limitadas según las previsiones presupuestarias y serán revisadas cada cinco años (art. 18.5 EOMF). Desde luego, esta nueva regulación nos recuerda mucho a las relaciones entre el MP y el Gobierno holandés, basadas en la autonomía, pero en todo caso sometidas a los mencionados ciclos de «*Planning and Control*» que permiten valorar los resultados de las actividades de cada órgano del MJ, y de cada una de las Fiscalías.

1045. Y el propio Fiscal General del Estado durante la comparecencia así lo reconoce y señala cuáles han sido y serán éstas.

política criminal, se ha entendido que la relación debe extenderse al MP. Precisamente, en cuestión del respeto a los propios ámbitos de autonomía y de la legalidad misma, la relación se establece con un órgano mucho más autónomo orgánicamente que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, y además, fundamentalmente, con la misión esencial de controlar la legalidad de todas las actuaciones investigadoras de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado comandadas por el Gobierno, y con la autonomía funcional suficiente para controlar la propia legalidad de las órdenes del Ejecutivo y rechazar su aplicación en su caso.

En Italia, atribuida igual que en Holanda la investigación de los delitos al MP, su prácticamente nula relación con el Gobierno –incluso entre las fiscalías–, otorga a los fiscales un poder de iniciativa propio e individual que lo asemeja mucho al Juez de Instrucción español. Se puede predicar de esta situación, la independencia-imparcialidad de los fiscales, afianzada por la obligación de perseguir toda *notitia criminis* que conozcan –con fundamento claro está–, pero no el ejercicio de su actividad desde un plan general coordinado y estructurado para el logro de determinados objetivos. En definitiva, el ejercicio de su actividad conforme al plan de política criminal dentro de su ámbito de actuación.

En España, no cabe duda de que el Gobierno puede y debe comunicarle al Fiscal General del Estado sus pretensiones en materia de política criminal. Y sin duda, conforme a éstas destinará recursos técnicos y humanos a unos órganos u otros en el seno de la Fiscalía, y estos mismos recursos estarán dirigidos a la activación de un tipo de causas u otras. Un ejemplo clarísimo de esta situación es la violencia de género. El Gobierno socialista marcó como una de sus prioridades de la anterior legislatura (2004-2008) la lucha contra la violencia de género. Para ello, en primer lugar, impulsó la aprobación de una nueva ley orgánica (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) que establecía nuevos tipos penales, actuaciones procesales, medidas de sensibilización social, etc., encaminadas a la protección de las víctimas, la prevención de los delitos, a su persecución y por supuesto a su represión. Lo que además, dio lugar a una primera Instrucción propia de la Fiscalía, la Instrucción 2/2005 «sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género». En segundo lugar, el siguiente paso fundamental en lo que al MP se refiere, fue la creación en la Ley 24/2007 de una Fiscalía de Sala, integrada en la Fiscalía General del Estado, contra la Violencia sobre la Mujer (art. 20 EOMF). Entre sus competencias se encuentran actuaciones que reflejan, desde la unidad de mando, la búsqueda de un ejercicio de la actividad

del MP que resulte coherente, coordinada y eficaz¹⁰⁴⁶. Es decir, se pretende del MP que sea capaz de dar respuesta a las pretensiones en política criminal que marcó el Gobierno. A partir de ahí, la propia fiscal contra la Violencia sobre la Mujer¹⁰⁴⁷ se encuentra en constante contacto con la Fiscalía General del Estado y éste a su vez con el Gobierno, informando del uso de los medios, de los problemas jurídicos de la ley¹⁰⁴⁸, de los resultados de la aplicación de la misma y de la propia actividad de la Fiscalía, de las instrucciones dadas a la plantilla adscrita a la Fiscalía etc., y solicitando del Ejecutivo las mejoras en todos estos ámbitos que la Fiscal de Sala y el Fiscal del Estado estimen oportuno. Éste es un desarrollo posible de la política criminal que ejerce el Gobierno y para cuya consecución necesita de la estrecha colaboración del MP.

Desde luego, el art. 8 del EOMF no implica en modo alguno que el Gobierno pueda pretender dejar de perseguir un delito o un hecho punible por la razón de conveniencia que sea –algo que como es sabido se puede conseguir más fácilmente a través de la propia policía– pues ello chocaría frontalmente con el ámbito de autonomía funcional del MF que abarca sin duda la decisión autónoma de activar o no el *ius puniendi* del Estado. Y a pesar de lo dicho sobre la violencia de género, siendo la acción policial el ámbito en el que las decisiones político-criminales del gobierno tienen mayor

1046. Art. 22.1 EOMF: «a) Practicar las diligencias a que se refiere el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, e intervenir directamente en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a los delitos por actos de violencia de género comprendidos en el artículo 87 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. b) Intervenir, por delegación del Fiscal General del Estado, en los procesos civiles comprendidos en el artículo 87 ter.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. c) Supervisar y coordinar la actuación de las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer, y recabar informes de las mismas, dando conocimiento al Fiscal Jefe de las Fiscalías en que se integren. c) Coordinar los criterios de actuación de las diversas Fiscalías en materias de violencia de género, para lo cual podrá proponer al Fiscal General del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones. d) Elaborar semestralmente, y presentar al Fiscal General del Estado, para su remisión a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, y al Consejo Fiscal, un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de violencia de género».

Y por supuesto, «para su adecuada actuación se le adscribirán los profesionales y expertos que sean necesarios para auxiliarlo de manera permanente u ocasional» (art. 21.2 EOMF).

1047. En este caso, se trata de una mujer: Doña Soledad Cazorla Prieto. A la cual tuve la oportunidad de realizar una larga entrevista, proporcionándome además la última Memoria Anual (2008) de su actividad elevada al Fiscal General del Estado (mayo 2009). Desde estas páginas aprovecho para mostrarle todo mi agradecimiento.

1048. Por ej. ya en la Memoria de 2006 de la Fiscalía General del Estado, y después en las propias de la Fiscalía contra la Violencia sobre la Mujer, se señala al Gobierno los graves problemas que genera en el ámbito de la violencia de género el art. 416.1 LECrim –dispensa de la obligación de declarar de los parientes– y se le solicita el impulso de un cambio legislativo «para ajustar el derecho procesal a la realidad que gira en torno a la violencia sobre la mujer y que se puede extender a la violencia doméstica». Memoria de la Fiscalía contra la Violencia sobre la Mujer 2008, pg. 100.

capacidad de incidencia, lo que a nuestro juicio sigue caracterizando la actualidad de la política criminal española se deriva del hecho de que los aspectos más técnicos y menos sospechosos de manipulación de la política criminal –la coordinación de los medios de investigación, el orden en que se realizan las investigaciones, la manera de practicarlas, las calificaciones previas, etc.– continúan atribuidos a los Jueces de Instrucción, que actúan mediante iniciativas individuales y muchas veces dispares. Por ello, creemos que si además al Ejecutivo se le limita su capacidad de interesar al MF –como pretenden algunas posturas ya señaladas–, se impide al Gobierno el ejercicio de competencias que le son propias, resultando imposible, en el ámbito de la investigación y persecución de los delitos –lo que incluye el ejercicio de la acción penal– llevar a cabo una auténtica política criminal. Porque, no lo olvidemos: la responsabilidad de que se administre justicia corresponde al Gobierno. Los jueces apenas responden acerca del modo en que desenvuelven las atribuciones que les son propias (jurisdiccionales)¹⁰⁴⁹. Por todo ello, para una parte de la doctrina, lograr un modo de proceder ordenado y sistemático necesario para la consecución de una política criminal democrática y de calidad es un anhelo que encuentra su mejor vehículo en la atribución de la investigación oficial al MF, junto a la normalización de una relación dinámica y coordinada entre el Ejecutivo y el Ministerio Fiscal que respete los propios ámbitos de autonomía¹⁰⁵⁰.

Asegurar la conveniente participación del MF desde su propio ámbito de autonomía de ejercicio de la promoción del *ius puniendi* y tal vez un día, de la «*investigación oficial*»¹⁰⁵¹, en consonancia con los objetivos político-criminales establecidos por el Ejecutivo al inicio de la legislatura como parte

1049. VIVES ANTÓN, T. S., «Doctrina Constitucional y reforma del proceso penal», en Jornadas sobre Justicia penal en España (Madrid, 24 a 27 de marzo 1987), publicadas en *El Poder Judicial*, núm. Especial II, Madrid, 1987, pgs. 100, 101.

1050. Totalmente a favor de ello están entre otros CRESPO BARQUERO, FLORES PRADA, I., JIMÉNEZ BLANCO, CONDE-PUMPIDO TOURON, C., GRANADOS, VIVES ANTÓN, etc. Todos ellos ya citados. Y lo cierto es que a pesar de que aún no se haya logrado el consenso suficiente para la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que atribuya la «*investigación oficial*» al MF, se han producido pequeños cambios en esta línea. Ahí están las mencionadas Instrucciones 1/2008 y 2/2009 y algunas modificaciones estatutarias que tendremos ocasión de analizar en su correspondiente apartado, y por supuesto, la propia LO 5/2000.

1051. Tal y como auguraba el Fiscal General del Estado dirigiéndose a un diputado de la Comisión de Justicia: «es necesario reformar la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Creo que en esa reforma podemos alcanzar un consenso, necesario para los ciudadanos. Si usted me dice que no, seguiremos veinticinco años más con la vieja ley del siglo XIX del señor Alonso Martínez, pero estoy completamente seguro de que no va a ser así». Y segundos antes había afirmado: «En la época actual podemos ponerle más caballos a las diligencias, pero lo que en realidad tenemos que hacer es sustituir la diligencia por un tren de alta velocidad, que es lo que sería un procedimiento penal nuevo». Diario de sesiones núm. 137, *op. cit.*

de su acción de gobierno, es a nuestro juicio la «razón» de la regulación constitucional y legislativa del órgano encargado de su dirección: el Fiscal General del Estado. Retomando el modelo de Holanda, sin perjuicio de salvar la distancia que separa ambos ordenamientos, debe aceptarse abierta y sinceramente que el Fiscal General del Estado nombrado por el Gobierno, asume en gran medida –como en realidad no puede ser de otro modo– una función de colaboración con las directrices generales de la política del Ejecutivo. Si se establecen correctamente los ámbitos de autonomía, se permitiría controlar con mayor eficacia las medidas –o errores, en su caso– propios de cada instancia, y se facilitaría al Parlamento y a la opinión pública la posibilidad de exigir responsabilidades y explicaciones ante decisiones que pudieran considerarse no ajustadas a las misiones constitucionales de protección del interés público y del interés social¹⁰⁵².

La comparecencia parlamentaria, ilustrada en este epígrafe, es a nuestro juicio, un adecuado mecanismo de transparencia. Si buscamos criterios de claridad y responsabilidad pública sobre las decisiones que toman el Gobierno y el MP, desde su autonomía, pero en colaboración, podrían limarse las constantes sospechas de manipulación de la Institución en el contexto de la lucha partidista, o evitar la sempiterna respuesta de los gobiernos negando cualquier conversación con el MF, y, en fin, las graves acusaciones al Fiscal General, siempre en el terreno gris de la insinuación de «subordinación política» y de la crítica jurídica¹⁰⁵³.

1052. CRESPO BARQUERO, P. J., «Las garantías de la instrucción por el fiscal. Un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, Vol. VI, pg. 232.

1053. Ya en el año 1987 GARCÍA GARCÍA, y tras admitir que resulta inevitable la existencia de un riesgo de manipulación por intereses partidistas o individuales dentro de una estructura tan fuertemente jerarquizada como el MF, no sólo ya desde el Gobierno, sino desde los propios superiores jerárquicos, señalaba que «la temida instrumentalización del Ministerio Fiscal por el Gobierno no es tan fácil. La posibilidad de que el Fiscal General resuelva que lo interesado por el Ejecutivo no es procedente y si por esa razón es cesado, que su cese vaya acompañado de un informe desfavorable, no vinculante, del CGPJ [más aún, hoy en día directamente con una posible resolución judicial en contra], que el nuevo nombramiento no obtenga el beneplácito del mismo Organismo (art. 29 EOMF) [o el beneplácito de la Cámara], que el fiscal que recibiere una orden o instrucción que considerase contraria a las leyes haga uso de las facultades conferidas por los artículos 25 y 27 de su Estatuto, etc., son resortes contra la arbitrariedad que debe colocar al Gobierno en una situación difícil. La prensa, que es el cuarto poder; las asociaciones de profesionales que deben ser contrapoder; las interpelaciones parlamentarias... etc., pueden hacer que el coste político [y ahora también jurídico] de la decisión sea caro... La mediatización del Ministerio Fiscal por el Ejecutivo cobra perfiles virulentos y es sacada de quicio legal cuando se trata de atribuirle la investigación oficial, llevando esa desconfianza más allá de lo razonable. Unas imprecisas manifestaciones del Ministro de Justicia Múgica Herzog en la UIMP, en el verano de 1988, en orden a la atribución del Ministerio Fiscal de la investigación de los delitos menores, con ocasión de la modificación de la Ley ese mismo año, provocaron

3. EL CONSEJO FISCAL Y LA «RECUSACIÓN» DEL FISCAL GENERAL

Raro es el trabajo sobre el MF español que tenga una mención expresa al Consejo Fiscal. Las opiniones acerca de su significado son muy variables, pero siempre giran en torno a su carácter electivo –único órgano con semejante condición en el seno de la Fiscalía española– y la importancia de esta característica, junto con las funciones que debe asumir¹⁰⁵⁴.

Muy probablemente la polémica sea inevitable por una «doble personalidad» inherente al órgano. Siendo su representación estrictamente corporativa, está dotado tanto de competencias ejecutivas –por ej. elaborar criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación [art. 14.4 a)]– como revisoras –por ej. resolver los recursos interpuestos contra resoluciones dictadas en expedientes disciplinarios por los Fiscales Jefes [art. 14.4 F)]–. Esta situación parece configurar un organismo a medio camino entre órgano gubernativo de la Carrera Fiscal y un instrumento de control sindical, en clave político ideológica, de la actividad del Fiscal General del Estado¹⁰⁵⁵.

La discusión parlamentaria sobre este órgano fue un fiel reflejo de los puntos clave en las posiciones encontradas. Los desencuentros fueron muy claros en dos aspectos:

- Quienes defienden el informe preceptivo y vinculante del Consejo Fiscal en materia de ascensos y nombramientos para los distintos cargos de la carrera fiscal (art. 13 EOMF), frente a quienes lo rechazan.
- Quienes defienden la atribución a la Junta de Fiscales de Sala de la

reacciones airadas en varios colectivos jurídicos, dando los medios de comunicación cumplida y pertinaz información de ellas. Como si este cambio pudiera aumentar el caos de la Justicia penal, las esferas de impunidad de los sectores más privilegiados de la sociedad y la persecución de los delitos de los marginados, prácticamente los únicos perseguidos por una rutina profesional indeseable». «La dependencia...», *op. cit.*, pg. 18.

1054. Art. 14.1 EOMF: «El Consejo Fiscal se constituirá, bajo la presidencia del Fiscal General del Estado, por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, el Fiscal Jefe Inspector y nueve fiscales pertenecientes a cualquiera de las categorías. Todos los miembros del Consejo Fiscal, excepto el Fiscal General del Estado, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector, se elegirán, por un período de cuatro años, por los miembros del Ministerio Fiscal en servicio activo, constituidos en u único colegio electoral en la forma en que reglamentariamente se determine...». Como modificación más importante con respecto a la legislación anterior destaca la introducción del período taxativo para la emisión del informe sobre los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten al Ministerio Fiscal en su estructura, organización y funciones [art. 14.4 j)]; así como la nueva facultad de «dirigir al Fiscal General cuantas peticiones y solicitudes relativas a su competencia se consideren oportunas» [art. 14.4 k)]. Por último, se ha introducido en su seno una Comisión de Igualdad para el estudio de la mejora de los parámetros de igualdad en la carrera fiscal [art. 14.4 k)].

1055. CRESPO BARQUERO, P., «El papel del Ministerio Fiscal...», *op. cit.*, pg. 42.

resolución de las posibles incompatibilidades (LOPJ) interesadas por las partes en las que pueda incurrir el Fiscal General del Estado (art. 28 EOMF), frente a quienes defienden que se atribuya al Consejo Fiscal.

En cuanto al primero de los aspectos, la polémica¹⁰⁵⁶ se formó a partir de la llamada «Enmienda Bermejo», introducida durante la tramitación de la Ley 24/2007 en el Senado¹⁰⁵⁷, y que suprimía las viejas letras a) y b) del art. 13, eliminado del estatuto la expresión «conforme», que se utilizaba en el ap. b) para señalar que correspondía al Fiscal General del Estado proponer al Gobierno los ascensos «*conforme a los informes de dicho consejo*» [Consejo Fiscal]. El nuevo texto, actual art. 13 EOMF, además de eliminar la distinción de apartados a) y b) señala que tanto los ascensos como los nombramientos se realizarán «*previo informe del Consejo Fiscal*» –tal y como ya constaba para los nombramientos en el viejo estatuto–.

Lo cierto es que quienes quisieron ver en este cambio una «cercenación»¹⁰⁵⁸ de las competencias del Consejo Fiscal, estaban prácticamente haciendo un brindis al Sol. Como recordaron muchos diputados, desde antes incluso de la STS de 13 de abril de 1998 (Sala Tercera) –aunque sea la sentencia mencionada siempre por la doctrina– la jurisprudencia del TS había señalado que la expresión «conforme», no puede suponer el carácter vinculante del informe más allá del control relativo a los criterios de legalidad del nombramiento y el cumplimiento de los requisitos legales de los candidatos. A ello se unía la interpretación sistemática del art. 124 CE, del que se desprende que el único órgano constitucional del MF es el Fiscal General del Estado, y además es quien ostenta legalmente las funciones de dirección, ejecución e inspección del MF. La St. resaltaba la falta de legitimación democrática del Consejo Fiscal –que *a sensu contrario* significa que sí se la atribuía al FG– como un obstáculo insalvable para dotarle de funciones ejecutivas en esta materia o para otorgarle la capacidad de vetar o impedir las decisiones del Fiscal General¹⁰⁵⁹.

1056. El debate más sustancioso puede encontrarse en su trámite final en el Pleno del Congreso. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y diputación permanente Núm. 284, Sesión plenaria núm. 262, 20 de septiembre de 2007.

1057.

1058. Palabra del Diputado Astarloa Huarte-Mendicoa. Diario de Sesiones núm. 284..., *op. cit.*

1059. MÍGUEZ MACHO, Luis, «Los informes del consejo fiscal sobre los ascensos en la carrera fiscal y la polémica en torno a la designación del fiscal jefe de la fiscalía de la audiencia nacional. (Comentario de la sentencia del pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1998)», *Revista Xuridica Galega*, 1998. Precisamente, como señala este autor, «La configuración del Ministerio fiscal y sus relaciones con el Gobierno es una cuestión abierta que no ha dejado de suscitar polémica en el actual régimen constitucional. Esa polémica, que desborda lo jurídico para alcanzar relevancia política, llegó a su punto álgido hace unos años con la impugna-

Y en todo caso, la oposición al valor vinculante del informe del Consejo Fiscal fue firme en la mayoría de los Grupos Parlamentarios¹⁰⁶⁰.

En cuanto al segundo de los aspectos –la atribución a la Junta de Fiscales de Sala, y no al Consejo Fiscal, de la resolución de las posibles incompatibilidades (LOPJ) interesadas por las partes en las que pueda incurrir el Fiscal General del Estado (art. 28 EOMF)–, estamos de acuerdo con Díez-PICAZO cuando afirma que es posible realizar distinciones en la configuración del MF con el fin de adaptarlo a las exigencias de los distintos tipos de fenómenos delictivos (la especialización es una buena muestra de ello), y muy especialmente, cuando estas exigencias son tan específicas como en el ámbito de la criminalidad gubernativa¹⁰⁶¹. La solución holandesa es un buen ejemplo de ello. No podemos tomar ninguna de sus medidas, pero sí aprender la lección¹⁰⁶².

La nueva regulación introduce la valoración por la Junta de Fiscales de Sala (máximo órgano asesor del FG) de las causas de abstención que afectan a todo fiscal (y a todo juez) en caso de que afecten al Fiscal General del Estado. No se entiende por qué hubo voces que asimilaron esta novedad –en el antiguo estatuto las apreciaba el Ministro de Justicia– con que se pueda o haya que recusar al Fiscal General¹⁰⁶³.

No obstante, en nuestra opinión, no es que exista la necesidad de que

ción del nombramiento del Fiscal general del Estado, que acabó siendo declarado nulo por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, y ha vuelto a intensificarse con ocasión de la designación del Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, cuya anulación se solicitaba igualmente a través del recurso contencioso-administrativo que ha dado lugar a la presente sentencia» –aquí mencionada–.

1060. En términos parecidos se expresaron todos los diputados –menos obviamente los que estaban a favor–, pero muy gráficas son las palabras del Diputado del Grupo Parlamentario Socialista Sr. Barrero López: «No queremos, señores del Partido Popular, que el Consejo Fiscal tenga informe vinculante en nombramientos ni ascensos. Si hemos querido que el fiscal superior de las comunidades autónomas –y eso es complicidad constitucional– sea oído cuando haya que nombrar o ascender a fiscales en el territorio del fiscal superior de la comunidad autónoma. Pero el Consejo Fiscal –y, por cierto, el informe de todo el proyecto lo aprueba– representa lo que representa: a asociaciones de fiscales. La mayoría de los fiscales, señorías, no tienen asociación alguna. Y tengan ahora la ideología que tengan, aunque posteriormente tengan otra ideología, lo cierto es que los fiscales nombrados deben serlo por mérito y capacidad y no por la adscripción a una asociación del tipo que sea». Diario de Sesiones núm. 284, *op. cit.*,

1061. Díez-PICAZO L. M., *El poder...*, *op. cit.*, pg. 104.

1062. Quizá convenga recordar al lector que esta «solución» holandesa fue la de separar del propio Ministerio Público al Fiscal del Tribunal Supremo –con competencia sobre los delitos cometidos por aforados–, eliminando su relación jerárquica con el resto de los órganos de la Institución. Además este fiscal tiene la especial garantía del nombramiento vitalicio.

1063. La confusión de institutos es total. El Diputado confundido fue Astarloa Huarte-Mendicoa. Diario de Sesiones núm. 284, *op. cit.*

se abra la posibilidad de recusar al Fiscal General en los casos de criminalidad política por parte de los aforados al TS. Es que creemos que no existe ningún problema para apartar definitivamente al Fiscal General de cualquier competencia en materia judicial en estos casos. Perfectamente puede atribuirse la competencia acusatoria al Fiscal de Sala especial respectivo conforme al tipo de delito que se impute. Por ej. al Fiscal de Sala de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad organizada en casos de delitos de cohecho o malversación de fondos.

La organización de las fiscalías

I. LA UNIDAD DESCENTRALIZADA HOLANDESA. SU NUEVA Y ATÍPICA ORGANIZACIÓN

Como no podía ser de otra manera, la organización de la Fiscalía holandesa es bastante particular. Mucho más desde su evolución de los últimos años (2005-2009). Pero no por ello ha perdido su estructura tradicional¹⁰⁶⁴. Aquellas fiscalías «adscritas» y organizadas en paralelo a los tribunales de justicia –al modo que aún lo están las fiscalías italianas– si bien hoy pertenecientes a un órgano absolutamente autónomo como es la Fiscalía holandesa, continúan constituyendo la organización básica y fundamental del *Openbaar-ministerie*. No en vano, son los órganos que ejercen la función primordial del ministerio público: la acusación ante los tribunales de justicia.

Así podemos encontrar:

- Las Fiscalías de los Juzgados de Apelación. *Ressortsparketten* (art. 136 RO). Actualmente existen cinco. Están subordinadas al Consejo, pero son independientes entre sí, guardan entre ellas una relación horizontal, es decir, no existe relación jerárquica entre ellas. Están compuestas de: i) El Fiscal General, siendo su misión la de garantizar la aplicación de la política criminal diseñada por el Consejo de Fiscales y el Ministro en los juzgados. También asume el cargo de Jefe de la Fiscalía en calidad órgano administrativo individual. ii) Fiscal General ayudante o suplente. iii) Los Fiscales Generales de plantilla, nombrados por ley, que ejercen la acusación en los Juzgados de Apelación, asimismo mediante ley. Fiscal Sustituto, en caso de que sea necesario, de los

1064. Con la excepción de la Fiscalía del TS, que como ya sabemos no pertenece al MP, sino que se configura como una Fiscalía independiente.

demás Juzgados de Apelación. iv) Opcionalmente, a juicio del Consejo, éste puede nombrar un fiscal suplente de los Fiscales generales fijados en plantilla.

- Fiscalías de los Juzgados de Distrito. «*Arrondissementparketten*» (art. 138 RO). Existen 19 fiscalías que pertenecen a los Juzgados de distrito. De forma similar al epígrafe anterior, se encuentran subordinadas al Consejo, pero también son independientes entre sí, al igual que respecto de las Fiscalías de los Juzgados de Apelación. Su función principal es ejercer la acción penal en los Juzgados de Distrito y Locales. Está compuesto de: i) Fiscal Jefe, cuya principal misión es la de asegurar la implementación de la política del Ministerio Fiscal¹⁰⁶⁵. ii) Fiscal Jefe suplente o ayudante. iii) Fiscales de plantilla de primer rango, que ejercen la acción penal en los Juzgados de distrito. iv) Fiscales de plantilla, que ejercen la acción penal en los Juzgados Locales. v) Fiscales Sustitutos. Ejercen diversas funciones delegadas durante los procesos.

Como puede apreciarse, el principio de jerarquía y el de unidad son presupuestos orgánicos que informan la estructura de la institución y que se manifiestan en el sometimiento jerárquico de todas las Fiscalías al «*College van procureurs-generaal*», manteniendo sin embargo entre todas ellas, una relación horizontal.

Éste fue otro de los cambios fundamentales de la última gran reforma ocurrida en la Fiscalía holandesa, y que hemos ido venido analizando sistemáticamente. Si antes se había mantenido una estructura jerárquica que comenzaba en la Fiscalía del TS, continuaba en las Fiscalías de los Tribunales de Apelación y concluía en las Fiscalías de los Juzgados de Primera instancia, esa estructura se ha quebrado. Como refleja la RO, la relación jerárquica entre el Fiscal General y el Fiscal Jefe de las Fiscalías de primera instancia ha desaparecido. Con la modificación del artículo 9 del Código de Procedimiento Criminal, las Fiscalías de Apelación poseen como única función la asunción de las causas en segunda instancia que correspondan a su respectivo Tribunal de Apelación (nuevo art. 9 RO). De este modo, la posición de los nuevos «*Advocate-General*» difiere de los anteriores Fiscales Generales. Esta diferencia surge como consecuencia de la nueva posición absolutamente central del *College van Procutators-General*. El legislador es claro al denominar úni-

1065. Además, y con un cierto paralelismo respecto de las reuniones entre el Consejo y el Ministro de Justicia, en las llamadas Consultas Tripartitas (no especificadas en derecho positivo), éste se reúne con el Alcalde y el Jefe de la Policía, para diseñar la política criminal local. Se trata de una función puramente administrativa. Ver www.openbaarministerie.nl.

camente Fiscales Generales a los miembros del Consejo, y «advocate general» a los Fiscales Jefes de las Fiscalía de Apelación. De este modo, se mantienen ciertos términos: los Fiscales de distrito siguen subordinados a los Fiscales Generales.

Varios son los argumentos mediante los que la doctrina, en líneas generales, sobre todo la más técnica, ha mostrado su acuerdo con la nueva disposición orgánica, apoyando la configuración de una organización con un solo vértice jerárquico: el *College van procureurs-generaal*¹⁰⁶⁶. En primer lugar, se ha considerado que una organización tipo piramidal reproducía demasiadas estructuras de «*management*», que quizá tenderían a crear modos y pautas de trabajo diferentes, cuando lo que se pretendía era una mayor unidad y homogeneidad en el funcionamiento del MP. Para ello, una organización tipo «botella» resultaría más útil¹⁰⁶⁷. Se juzgó como muy positivo que entre el Fiscal y el Ministerio de Justicia tan solo se interpusiera un único nivel jerárquico, el Consejo. Se trata, por tanto, de un intento por reducir la cadena de mando que, no cabe duda, cuanto más larga, ofrece mayor espacio a los malentendidos, las dilaciones y, en definitiva, fuerza a una pérdida de comunicación de todos los Fiscales con el Ministro.

La insistencia en este punto, la defensa de la comunicación directa de todos los Fiscales con el Ministro y el Consejo, eliminando la interposición de jerarquía con el Fiscal de Apelación, proviene también de una cuestión de facto y meramente pragmática: todas las causas y, entre ellas, las más graves y sensibles, se tramitan por la primera instancia. Es en primera instancia desde donde se genera la alarma social en la mayoría de los casos. Y si no es así, la alarma se producirá como consecuencia de la exclusiva actuación de la Fiscalía de la Apelación. Ante dicho diagnóstico, las cuestiones que se planteaban en la doctrina se referían a cuestiones tales como si resultaba necesaria una estructura intermedia entre los Fiscales de primera instancia y el Consejo¹⁰⁶⁸, si debía esperar siempre el Consejo antes de actuar por sí mismo a una actuación previa del Fiscal de Apelación, o recurrir a él para comunicarse con la Fiscalía de primera instancia. Se decidió rotundamente que no. Como afirmaba BERGHUIS, B., «en la gestión de una crisis, te puedes saltar al órgano intermedio»¹⁰⁶⁹.

1066. El principio de jerarquía ha quedado recogido de la siguiente manera, estableciéndose en el art. 139 RO, lo siguiente: «1. *The heads of the public prosecutor's offices are, in the performance of their duties subordinate to the Board*
2. *The other public officials working at the public prosecutors' office are, in the performance of their duties, subordinate to the head of the public prosecutor's office.*
3. *The officials working at the central public prosecutor's office are, in the performance of their duties, subordinate to the Board.*».

1067. La metáfora es de BERGHUIS, B.; entrevista personal. mayo 2004.

1068. CLEIREN, entrevista personal, marzo 2002. De esta misma opinión era BERGHUIS, B.,

1069. BERGHUIS, B.; entrevista personal, mayo 2004.

Por supuesto, el fiscal mantendrá contactos con el «Advocate General», siguiendo estrictamente la práctica anterior cuando el segundo era el superior jerárquico del primero. Así lo señala expresamente el Memorando de la RO, y en nada se han modificado los artículos del CPC que determinan dicha relación. Ninguno excepto dos: en caso de discrepancia de criterios, el superior jerárquico de ambos, es decir, el Consejo, será quien decida los criterios que habrán de aplicarse a través de instrucciones obligatorias (arts. 8 y 140 CPC). Y tanto el fiscal como el «Advocate General» pueden solicitar la intervención del Consejo en cualquier momento.

Por último, el principio de jerarquía en el seno de cada Fiscalía continúa intacto. Todos los fiscales están subordinados a su respectivo Fiscal Jefe (art. 139 RO)¹⁰⁷⁰.

1. EL «COLLEGE VAN PROCURATEURS-GENERAAL» (ARTS. 130-133 RO)

Es el máximo órgano –literalmente «*se sitúa a la cabeza*» (art. 130.2 RO)– por tanto, la máxima autoridad del Ministerio Público bajo cuya órbita se sitúan todos los demás órganos (art. 139 RO)¹⁰⁷¹. Se regula por Acuerdo del Consejo de Ministros (*Order in council o algeme maatregel van bestuur*)¹⁰⁷², y está formado por los denominados Fiscales Generales que, cabe recordar, deben ser licenciados en derecho y tener reconocida experiencia profesional como únicos requisitos formales, pudiendo variar su número de tres a cinco, en su composición permanente (art. 130.3 RO). No obstante, el quórum mínimo para la adopción de decisiones requiere de tres miembros (art. 131.1 RO), con lo que, en un Consejo de tres miembros, todos ellos deberán estar siempre presentes en cualquier toma de decisión. Tal vez ésta sea la razón por la cual todos los Consejos han sido dotados cinco miembros hasta la fecha¹⁰⁷³.

1070. Jerarquía que, como reiteradamente insistía E. MEIJER, no es un principio de verdadera aplicación en MP holandés. Cuestión que se suma a los argumentos anteriores para eliminar la jerarquía entre las Fiscalías provinciales y con las de primera instancia –también B. BERGHUIS se pronuncia en este sentido–. La mayor parte de las Fiscalías funcionan bajo un principio de mayoría que se ejerce a través de numerosas reuniones. Por otro lado, existe una gran cultura de respeto a la autonomía de cada fiscal en el tratamiento de las causas que le están adjudicadas. Lo que nos es óbice para que en el MP holandés exista una política de «*estandarización de la justicia*».

1071. Establece literalmente el artículo: «*Los Fiscales Jefes de las Fiscalías están, en el ejercicio de sus funciones, subordinados al Consejo*».

1072. Es el Ministro, igual que ocurría con el Consejo de la Magistratura, quien tiene la última palabra sobre los nombramientos de los miembros del Consejo que no en vano se formalizan mediante Decreto del Consejo de Ministros, si bien pasan por una comisión de nombramiento.

1073. El último fue nombrado el 1 de abril de 2007. Su presidente actual es Harm N. Brouwer. Como señala el Memorando, existe la voluntad expresa de que «*la regulación del Consejo sea flexible hasta cierto punto, con el fin de que permita adaptarse a futuras*

El Presidente es nombrado mediante Real Decreto, lo que remarca su importancia sobre el resto de los miembros, por un período máximo de tres años. El cargo es renovable una sola vez (art. 130.3 RO). Las decisiones del Consejo se adoptan siempre por mayoría (art. 131.2 RO), atribuyéndose al Presidente un voto de calidad, ejercido únicamente en caso de empate (art. 131.3 RO). En todo caso, a lo largo de todo el Memorando de la ley se explicita que el principio fundamental de funcionamiento consiste en que el Consejo luche por alcanzar el consenso. Únicamente «*si, contrariamente a todo deseo, no pudiera alcanzarse el consenso, las decisiones se adoptarán por mayoría de votos*»¹⁰⁷⁴.

Junto a los poderes característicos de todo superior jerárquico en un órgano articulado en torno al principio de unidad, cuya misión principal es precisamente garantizar la misma, el Consejo se ha reservado algún poder extraordinario. Los miembros del Consejo no ejercen la acusación penal, no obstante, el Consejo podrá autorizar a cualquiera de los Fiscales Generales el ejercicio de cualquier actuación para las que se encuentre legitimado, esto es, casi cualquiera dentro de la Fiscalía. Esta actividad la ejercerá en nombre del Consejo y para ello podrá recibir instrucciones de naturaleza general y concreta (art. 133 RO). Como explica el Memorando de la ley, esta disposición tiene como objeto el posibilitar la participación directa del Consejo en cualquier causa que se estime oportuno dentro de los Tribunales de Apelación¹⁰⁷⁵.

El Consejo es por excelencia, el órgano ejecutivo y administrativo del Ministerio Público. Pero una peculiaridad muy propia de Holanda quizá sea el que directamente la ley le atribuya un extenso poder normativo. Más allá de la posibilidad de dictar todo tipo de Circulares «*Guide Lines*» de actuación general e instrucciones concretas para casos específicos, el propio Consejo, y no un reglamento, dictará sus propias normas de trabajo y de procedimiento para la toma de decisiones, requiriendo no obstante que dicha regulación sea aprobada por el Ministro¹⁰⁷⁶. El único contenido específico que ha de contener esta regulación es la especificación aquellos supuestos en los

cuestiones... para ello consideramos oportuno que el número de sus miembros se determine mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, principalmente porque esto permite dotar de publicidad a los criterios tenidos en cuenta». «Parliamentary documents», *op. cit.*, pg. 6.

1074. *Ibidem*.

1075. «Parliamentary Documents» 25 392, *op. cit.*, pg. 6.

1076. Normativa que más tarde se publicará en la *Staatscourant* –Gaceta o Boletín Oficial del Gobierno– (art. 131.4 RO). Lo que sin duda, a nivel formal, dota a la norma de naturaleza gubernamental, más aún si añadimos que, en realidad, el Ministro debe dar el «visto bueno» a la misma. No obstante la ley es suficientemente clara como para preservar la autonomía del Consejo en la elaboración de su propia normativa, precisamente, en su capacidad para auto-normarse.

que una propuesta de instrucción o «*Guide Line*» deba ser presentada al Ministro de Justicia antes de su aprobación definitiva y que, en todo caso, incluye aquellas decisiones y actividades que se establecen en el art. 140 del CPC (en conexión con el art. 131.4 RO), y que se refieren en concreto a la investigación de los delitos más graves.

En reuniones con el Ministro de Justicia¹⁰⁷⁷, se fijan conjuntamente los parámetros de la política de investigación y acusación. Dicho Consejo se encarga también de preservar el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal, fundamentalmente a través de su poder absoluto de mando¹⁰⁷⁸. En este sentido, insiste mucho la ley respecto de la nueva misión del Consejo derivada de sus nuevos poderes, y sobre todo, en lo que concierne a su capacidad para crear una política de investigación homogénea –especialmente aquella que se lleva a cabo en las causas por delitos más graves (art. 140 CPC)– que dote de verdadera unidad al MP. Y ello porque además de que la unidad del MP sea una condición necesaria para la aplicación del principio de igualdad, resulta además «crucial para poder discernir la responsabilidad ministerial en la política investigadora general»¹⁰⁷⁹. Se pretende, en suma, con estas nuevas condiciones organizativas, mejorar el ya existente y delineado modelo de responsabilidad y supervisión territorial. Para ello se profundiza en una responsabilidad parlamentaria que se haga efectiva tanto para el proceso de toma de decisiones políticas y su correspondiente adopción, como para la implementación de la política de investigación criminal¹⁰⁸⁰; tratando de superar así una limitación tradicional del MP holandés y de su política criminal. Y volviéndose a subrayar para ello la importancia de la subordinación de todos los Fiscales Jefes a las órdenes del Consejo (art. 139 RO).

En realidad, el Consejo de Fiscales holandés, como órgano, y exceptuando su relación con el Ministro –que, en realidad, es peculiar por los poderes que se le atribuyen y sobre todo por la explicitud de su relación

1077. Estas reuniones no se encuentran predeterminadas por el derecho positivo. Su convocatoria varía según la necesidad y de los criterios al respecto que procedan tanto del Ministro como del Consejo. CLEIREN, entrevista personal, marzo 2004, *op. cit.*

1078. Y no tanto por su poder sancionador, facultad que no tiene atribuida, si bien pondrá las sanciones al Ministro. Recordemos que para las sanciones más graves debe incoarse un procedimiento ante el TS igual que sucede para la Magistratura. De forma similar a como sucede actualmente con el MF español, pueden encontrarse con suma facilidad en www.om.nl todas las «*Guide Lines* – *Beliedregels*» –como ya explicamos al principio de este trabajo– dictadas por el *College*. Incluso, algunas de ellas referentes a la «*drugs policy*» o la política sobre la eutanasia pueden encontrarse incluso en inglés.

1079. Parliamentary Documents 25 392, *op. cit.*, pg. 9.

1080. *Ibidem*, pg. 9.

estrecha con el Ministro, y no por la regulación específica del Consejo— no se diferencia mucho de nuestra Fiscalía General. En realidad, las facultades atribuidas son las mismas y su modo de elección muy similar. Si bien es cierto que el Consejo holandés es un órgano colegiado y como tal funciona. Como señala el Memorando, escoger entre un órgano tipo «*one-man executive manager*» o de tipo «*collegial management*» fue un dilema que estuvo presente hasta los últimos momentos, con sus «*pros y contras*» entre ambas opciones. Un órgano del primer tipo «*tiene la gran ventaja de que la relación pueda ejercerse de forma clara y explícita. Un solo funcionario es responsable del órgano considerado como un todo y como tal puede ser llamado a ejercer la rendición de cuentas ante el Ministro de turno, a quién está subordinado*»¹⁰⁸¹.

No obstante, una importante desventaja de la dirección unipersonal, más en el caso de un órgano que debe ejercer tan importantes y extensas competencias y poderes como el MP, supone el riesgo de la gran concentración de poder que se produce en un solo funcionario. En realidad, en el máximo nivel del MP, no existe un sistema de contrapesos «*checks and balances*». Más aún, no deja de ser importante hacer notar que, como ha puesto de relieve la doctrina, «*optar por una dirección unipersonal hubiera significado una enorme ruptura con la historia y la cultura del MP*»¹⁰⁸². Por supuesto, la gran ventaja del órgano colegial es la obligada consulta que implica la toma de decisiones correspondiente, posibilitando en mayor medida la toma de decisiones equilibradas que, por supuesto, se producirían gracias al obligado debate y contraste de opiniones. Creencia esta característicamente holandesa. Muy democrática al fin y al cabo.

Si la mayor desventaja de un órgano colegial es la difusión de responsabilidades, muy al modo holandés, se ha buscado una solución intermedia: la creación de un Presidente (*Chairman* o *Voorzitter*). Si se encontraban las desventajas de la dirección unipersonal demasiado costosas, al mismo tiempo, no cabe duda de que se considera de gran importancia que el Ministro de Justicia deba tener «*un solo funcionario como punto de contacto*». Así, el Presidente, «*asume una posición especial*». Es un *primus inter pares*, si se prefiere en términos más acordes en nuestro sistema jurídico español. Se nombra por Real Decreto, como ya hemos señalado, y su misión fundamental es la de canalizar las relaciones entre el Consejo y el Ministro. Y viceversa, como así explicita el Memorando, el Ministro se dirigirá al Presidente del Consejo cuando pretenda ordenar el ejercicio de determinadas actuaciones¹⁰⁸³. A ello hay que añadir su voto decisivo.

1081. *Ibidem*, pg. 10.

1082. *Ibidem*, pgs. 5 y 6.

1083. Parliamentary docs., *op. cit.*, pg. 6. Es evidente que se refiere a sus ordenes expresas, reguladas en los arts. 127 y sobre todo 128 RO.

Por cierto, el hecho de que sea un órgano colegial, como sucede a menudo, significa que hasta cierto punto, las tareas se pueden distribuir dentro del Consejo. De hecho, se ha optado en general por la sugerencia de establecer un criterio territorial en el reparto de trabajo, de modo que no haya duda de qué tipo de casos corresponden a cada Fiscal General, así como para que «*los Fiscales Jefes de las Fiscalías de los Juzgados de Apelación y de las Fiscalías de Primera Instancia tengan claro el Fiscal General del Consejo a quien deben dirigirse en primer lugar*». Y por supuesto, con la intención de que «*en el cumplimiento de sus funciones, el Consejo y cada miembro del Consejo de forma individual tengan en consideración las circunstancias locales específicas*»¹⁰⁸⁴.

De modo análogo a la actual Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado española, el Consejo holandés cuenta con una gran oficina a su entera disposición: el «*Parket Generaal*». No cabe referirse en este sentido a un órgano como tal desde el punto de vista material ni formal pues no se especifica como tal en la RO, no obstante, en general, tanto la doctrina como el Ministerio y el propio MP –como puede constatare en su página Web– tienden a incluir dicha unidad dentro del título general de *Landelijke OM-onderdelen*¹⁰⁸⁵, en el que se encuentran órganos de distinto perfil y funciones. Entre ellos la Fiscalía Nacional, o el «*Functioneel Parket*» que, como tendremos ocasión de analizar, tampoco es una verdadera Fiscalía.

Quizá lo que más destaque de esta Oficina, encargada de asesorar al Consejo en todo tipo de cuestiones, es su escasa unidad corporativa –cuestión bastante habitual en el MP holandés–, cuyos Fiscales Generales no tienen necesariamente que proceder de la carrera fiscal, ya que introdujo «*managers*» al interno de las Fiscalías y que recibe a menudo jueces que se pasan a la Fiscalía o abogados y juristas que ingresan en la carrera fiscal a través del cuarto turno, sistema de ingreso muy valorado en Holanda. Dicha Oficina, lejos de estar formada exclusivamente por fiscales, agrupa a profesionales de la abogacía, criminología, psicología, policías y juristas¹⁰⁸⁶.

Por último, existe un deber absoluto de información que acompaña al

1084. *Ibidem*, pg. 6. Aunque como sabemos el Consejo tiene autonomía para establecer sus propios criterios de trabajo. Pero también, dada la propia estructura territorial de las Fiscalías, sería absurdo ignorar este criterio. Hay que recordar que existen cinco Fiscales Generales y cinco Fiscalías de Apelación –que se corresponde con los cinco partidos judiciales que existen en Holanda–. Por otro lado, como enseguida veremos, a eso se dirigen especialmente las Tripartite Consultations: a la consideración y discusión de las circunstancias locales y su debido tratamiento por parte del MP.

1085. En términos literales «accesorios de la Fiscalía de ámbito nacional».

1086. El mismo BERGHUIS, B., a quien hemos citado en diversas ocasiones, pertenecía a la «*Supportive Section, Head of the Researching Development Studies for the PPS Office*», integrada en el «*Parket Generaal*».

principio jerárquico característico del MP holandés. Como establece el art. 129 RO, el Consejo facilitará toda la información que necesite el Ministro, y los miembros del MP darán al Consejo toda la información que éste requiera¹⁰⁸⁷.

2. EL «LANDELIJK PARKET» (ARTS. 134 Y 137 RO)

La creación del «*Landelijk Parket*» (art. 134 RO) –literalmente Fiscalía Nacional– fue otra de las importantes novedades orgánicas introducidas en la RO. Y sin duda, su motivación principal tuvo como fundamento –de forma similar a como se configura el Consejo– el introducir mayor unidad funcional dentro del MP.

Cabe hacer notar que, desde el punto de vista funcional, el «*Landelijk Parket*» es muy similar a la Fiscalía de la Audiencia Nacional española. No obstante, a nivel orgánico ello no es así. A diferencia de la situación española, la Fiscalía holandesa carece de Tribunal propio donde actuar. La jurisdicción holandesa carece de un tribunal equiparable a la Audiencia Nacional. De hecho, si resulta sorprendente que el MP holandés haya carecido de una Fiscalía a nivel nacional durante todo este tiempo, éste puede ser uno de los motivos fundamentales.

En todo caso, el «*Landelijk Parket*» es una de las Fiscalías, de entre las 25 Fiscalías que existen en total. Todas ellas equiparadas por su idéntica subordinación al Consejo de Fiscales Generales¹⁰⁸⁸. Es decir, es una verdadera Fiscalía. No obstante, presenta peculiaridades orgánicas y funcionales que merece la pena resaltar.

La ausencia de un tribunal específico donde desarrollar su actividad, siendo por tanto ésta difusa, al repartirse entre los distintos tribunales existentes, obliga al doble «*nombramiento*» o doble pertenencia y función de sus miembros. Muy al modo de cómo funciona la figura de los Fiscales Delegados de las Fiscalías Especiales españolas –que tendremos ocasión de mencionar en su apartado específico– aunque sea algo más compleja su estructura.

Como señala el art. 137 RO, el «*Landelijk Parket*» está formado por fiscales, Fiscales Sustitutos, Fiscales de Tribunal Unipersonal y su respectivo sustituto, todos ellos con rango de Fiscal de Primera, Fiscal o Fiscal Sustituto, así como por «*otros funcionarios*». Tendrá también un Fiscal Jefe con ese mismo rango –máximo rango de la carrera después del de Fiscal General miembro

1087. Artículo 129 RO: «1. *The Board provides our Minister with the information that he needs.*
2. *The members of the public prosecution service provide the Board with the information that the Board needs.*»

1088. Parl. Docs., *op. cit.*, pg. 12.

del Consejo– y con el título de Fiscal Jefe de la Fiscalía Nacional. También uno de sus fiscales será nombrado Fiscal Jefe Sustituto. En ejecución del principio jerárquico –igual que los demás Fiscales Jefes– podrán dar instrucciones generales o concretas a todos los miembros de su fiscalía en todo aquello que concierna al desarrollo de su actividad y ejercicio de autoridad por parte de la Fiscalía.

Pero además, «*los fiscales y los Fiscales de Tribunal Unipersonal–pertenecientes al Landelijk Parket– serán por Ley Fiscales Sustitutos y Fiscales de Tribunal Unipersonal Sustitutos respectivamente en las Fiscalías de Primera Instancia*» (art. 137.5 RO). Los Fiscales de Tribunales unipersonales y sus sustitutos ven además incrementadas sus competencias, pues en todo caso, «*tendrán la autoridad y el deber que están asignados por y de acuerdo con la Ley a los fiscales, con la excepción de la autoridad para actuar durante el juicio oral ante un Tribunal constituido por tres jueces*» (art. 137.7 RO) –en realidad, un Tribunal de Apelación–. Por último, si el Consejo lo considerase necesario, podría además nombrar un fiscal como «Advocate-General» Sustituto, con el fin de que la Fiscalía Nacional tenga miembros propios dentro de los Tribunales de Apelación (art. 137.6 RO).

Todo ello se encuentra en estrecha relación con el modo de otorgar, más bien de promover, el criterio funcional de atribución de competencias a la nueva Fiscalía. Lo hemos obviado, pues no venía al caso, pero es importante señalar también que, de modo parecido al español, Holanda posee una policía muy descentralizada. Aunque existe un Cuerpo nacional de Investigación de la Policía, el «*Landelijke recherche team*» (LRT)¹⁰⁸⁹. Pues bien, la necesidad de crear una importante Fiscalía a nivel nacional «*descansa en la necesidad de dotar de una estructura estable que pueda ejercer la supervisión del equipo nacional de investigación (landelijke recherche team o LRT) y llevar a cabo los procedimientos criminales que nacen de las investigaciones del LRT. Además la Fiscalía Nacional desarrolla una labor de apoyo a la política criminal dentro del MP en el combate del crimen, especialmente en lo que se refiere al crimen organizado*». Entre dichas competencias, se encuentran «*la coordinación para la acumulación de fuerzas [policiales] allí donde se requiera mayor asistencia, la mejora y el mantenimiento de una estructura que permita adquirir permanentemente una radiografía del crimen a nivel nacional, la preparación de una lista de prioridades para el Consejo... en lo que se refiere al LRT, el apoyo como Fiscalía al proceso de promoción de expertos del MP y*

1089. También el Servicio Nacional de Seguridad (BvD), encargado de las investigaciones de terrorismo, presenta dichas investigaciones al «*Landelijk Parket*» aunque evidentemente no es cuerpo policial, ni comparte su estatus funcional. A su vez ambos cuerpos pertenecen al KLPD (*Korps landelijke politiediensten*), en términos aproximados «Agencia Policial Nacional».

de la Policía en acciones contra el crimen organizado, así como unidad de apoyo del Fiscal General responsable de los asuntos relativos a los crímenes más graves y al crimen organizado»¹⁰⁹⁰.

Una de las cuestiones claves a resolver y que más importa al referimos precisamente a cuestiones de organización, es la regulación de las competencias investigadoras y procesales de esta Fiscalía y su acomodo con las demás Fiscalías de jurisdicción territorial. Los criterios utilizados son varios y, en realidad, la Fiscalía Nacional sí posee una sede propia –que no es lo mismo evidentemente que un Tribunal propio–. La regla general, tras una necesaria reforma complementaria del CPC, es que la Fiscalía es competente para llevar a cabo todas aquellas investigaciones y acusaciones de todos aquellos casos sobre los que es competente el LRT –atribuidos a su vez conforme a la reforma del 95 del *«Politiewet o Police Act»*¹⁰⁹¹–. Y que, como ya hemos mencionado, conciernen en general a los delitos más graves y al crimen organizado. En todo caso, además, el Gobierno, dictará una *«Order in Council»* estableciendo los criterios para la atribución de las causas a la Fiscalía Nacional, así como el tipo de actividad a desarrollar y el modo en que se hará el reparto de asuntos entre sus distintos fiscales (art. 9.2 CPC). Criterios y actividad que, en todo caso, *«tendrán una relación clara con la actividad que desarrolla el National Investigation Team of the Force of National Police Services»*¹⁰⁹².

Habíamos mencionado que la Fiscalía Nacional tiene una sede propia. Efectivamente, como una Fiscalía más, ésta se ubica en Rotterdam. Y éste sería el criterio por el cual, *«es preferible que la Fiscalía Nacional tenga autoridad para presentar las causas en el juzgado de esa ciudad»*¹⁰⁹³ (art. 2.1 CPC). Juzgado de primera instancia, por tanto, en el que actúan dos tipos de fiscales: los de la propia Fiscalía de primera instancia de Rotterdam y los Fiscales de la Fiscalía Nacional (art. 2 CPC).

No obstante, existe la intención expresa de que, en esta nueva situación, no todos los casos del LRT se presenten ante el Juzgado de Rotterdam. Aquellos casos con un específico origen regional deben, tal y como dispone el art. 2 CPC, continuar su proceso en aquel juzgado al que corresponda. Por esta razón, se ha elegido un sistema en el que la competencia del Tribunal de Rotterdam está atribuida adicionalmente y no en sustitución de la competencia del Tribunal correspondiente¹⁰⁹⁴. Será la *«Order in Council»* la que habrá

1090. Parl. Docs. *op. cit.*, pg. 12. Por ej. según los arts. 38c y 41 del *Politiewet* (Police Act de 1993) el plan anual de estrategia policial, así como la memoria del año anterior del KLPD se realizan en consulta directa con el Fiscal Jefe de la Fiscalía Nacional.

1091. De 30 de octubre de 1995, núm. 515296.

1092. Parl. Docs., *op. cit.*, pg. 40.

1093. Parl. Docs., *op. cit.*, pg. 13.

1094. *Ibidem*, *op. cit.*, pg. 13.

de determinar en qué casos la Fiscalía Nacional habrá de consultar con el «Parket General» –recordemos que es la Oficina del Consejo– acerca de si el proceso debe ejercerse en Rotterdam o en otro Juzgado¹⁰⁹⁵.

Debido a esta doble «jurisdicción», y para una más adecuada coordinación con las demás fiscalías territoriales, la Fiscalía Nacional ha abierto otras sedes propias en Schiphol, Zwolle y Den Bosh.

3. EL NUEVO «FUNCTIONEEL PARKET» (FPPO) Y LOS «SPECIAL INVESTIGATION DEPARTMENTS»

Se trata de la primera verdadera especialización que se ha formado al interno del MP holandés. Podemos decir sin lugar a dudas que el «*Functioneel Parket*» (FPPO) es una Fiscalía Especial de modo análogo a lo que lo son las Fiscalías Especiales españolas.

Regulado por «*Order in Council*», su creación fue aprobada el 1 de enero de 2003 y tiene su sede principal en La Haya¹⁰⁹⁶.

Su misión es la de combatir los distintos posibles delitos medioambientales y económicos, así como el fraude como delito particular. Al ser una Fiscalía a nivel nacional, guarda muchas similitudes con la Fiscalía Nacional. Igual que ésta, sus casos están atribuidos en función de las investigaciones llevadas a cabo por unidades muy concretas de investigación. En este caso, los «*Special investigation departments*» (SIDs). El FPPO será responsable de la investigación y acusación de los casos investigados por estos departamentos, que se encuentran todos ellos ligados a su respectivo Ministerio, y son los encargados de investigar aquellos posibles delitos que se produzcan en el ámbito de las competencias de cada uno de ellos. Son cuatro:

- *General Inspectorate of the Ministry of Agriculture, Nature, Management and Fisheries* (AID);
- *Fiscal Intelligence and Investigation Service and the Economic Surveillance Department of the Ministry of Finance* (FIOD-ECD), con una unidad especializada, el BUMA/STEMRA para los delitos de piratería musical;

1095. Es interesante observar que la Fiscalía tiene por tanto, en los casos en los que el LRT haya conducido las investigaciones, poder para determinar la jurisdicción de los tribunales.

1096. Toda la información acerca de este órgano puede consultarse en www.om.nl. De entre los muchos documentos en inglés que contiene esta página, pueden encontrarse dos documentos de importancia considerable: «*The Functional Public Prosecutor's Office*», referido expresamente a este órgano y sobre todo, «*Towards a New Public Prosecution Service*», que reproduce exhaustivamente el documento presentado ante el Congreso (sesión 28 648, núm. 37, de 2005) por parte del Gobierno y que ha sido puesto en marcha paulatinamente.

- *Intelligence and Investigation Service of the Ministry of Social Affairs and Employment (SIOD)*;
- *Intelligence and Investigation Service of the Ministry of Housing, Spatial Planning and the Environment (VROM-IOD)*.

Además de su actividad como acusación, esto es, como MP puro, tiene asignadas otras importantes tareas:

- Conseguir del MP la especialización necesaria para el correcto ejercicio de su actividad en las áreas de su competencia, y suministrarle precisamente de ese criterio especializado cuando se requiera.
- Cooperar con los distintos Ministerios y SIDs en la preparación de la estrategia política a implementar en las áreas relevantes, desde su propia visión de las necesidades específicas que requiere la persecución de los delitos.

También de modo análogo a la actuación de la Fiscalía Nacional, el «*Functioneel Parket*» actúa tanto en el Tribunal de Primera Instancia de La Haya, donde tiene su sede, como en otro Tribunal de Primera Instancia si el caso lo requiere. Ello dependerá, en primer lugar y como condición necesaria, de que la investigación haya sido ejercida por los SIDs, así como de la importancia territorial del propio caso. Mas si la investigación no ha sido conducida por ningún «*Special investigation department*», ello no es óbice para que el FPPO pueda colaborar con la Fiscalía territorial propia, pero no ejercerá propiamente la acusación. Colaboración o cooperación que se producirá también a la inversa cuando el FPPO sea el encargado de la causa, pero decida ejercer la acusación en un Tribunal de Primera Instancia distinto del de La Haya. Por lo tanto, como señala el documento mencionado –«*Towards a New Public Prosecution service*»¹⁰⁹⁷– el principio fundamental que guía la acción de este órgano debe ser el de cooperación. Cooperación que se producirá además con los Ministros y Ministerios implicados. Por cierto, que para hacerla más efectiva, recientemente se han creado nuevas sedes en Amsterdam, Rotterdam y Zwolle.

4. LAS «TRIPARTITE CONSULTATIONS». LOS NUEVOS «INTER-OFFICE PARTNERSHIPS»

Las hemos mencionado ya en un par de ocasiones. Las «*Tripartite Consul-*

1097. «*Towards a New Public Prosecution Service*», *op. cit.*, pg. 12. y «*The Functional...*», pg. 2. Y por cierto que las razones que motivaron la puesta en marcha de estas sedes se debe a que «el Consejo ha decidido copiar la estructura de las Sedes Policiales Supra-regionales todo lo posible, dado que a las actividades que trascienden la actividad de un solo órgano territorial están concentradas en esos lugares».

tations» son reuniones periódicas que se celebran entre el Alcalde, el Jefe de la Policía Local o Regional y el Fiscal Jefe de la Fiscalía territorial correspondiente. Están previstas en los arts. 14 y ss. de la «*Politiewet*», si bien tienen un carácter poco normativo, pues en definitiva su regularidad y funcionamiento interno lo establecen sus propios integrantes.

Es éste sin duda uno de los pilares sobre los que se asienta toda la política regional que ha de desarrollar el MP holandés. Es una seña de identidad, pues a nuestro juicio, es una muestra más de su naturaleza marcadamente política, a nivel comparado. En definitiva, se trata de reproducir a nivel local un tipo de relación que se produce desde la más alta instancia del MP, entre el Ministro y el Consejo, con la frecuente participación de altos cargos del KLPD y que se repite dentro de la Fiscalía Nacional con una «*Tripartite Consultation*» [art. 38 c) *Politiewet*] entre su Fiscal Jefe, el Responsable de las Policías Locales y el Director del KLPD. En todas ellas, cargos políticos, funcionarios del MP y funcionarios policiales, siempre cada uno desde su propia autonomía, elaboran de manera conjunta la política criminal a seguir, tanto en lo que se refiere a sus recursos materiales y humanos, como en las prioridades a fijar en la propia política investigadora y acusatoria¹⁰⁹⁸.

Las «*Tripartite Consultations*», en todos los niveles, son la fuente principal de la que emanan las importantísimas «*Guide Lines*», tanto las dirigidas al territorio nacional como las dirigidas a solucionar cuestiones locales.

Por último queremos mencionar una última modificación, muy reciente y aún sometida a posibles cambios, más aun si consideramos su flexibilidad normativa. Nos referimos a los nuevos «*inter-office partnerships*» y las nuevas «*branch offices*». Como su propio nombre indica, literalmente asociaciones inter-órganos (o inter-fiscalías en este caso) y sucursales respectivamente, no son verdaderos órganos de las fiscalías y no tienen traducción normativa. Son

1098. Creemos que ya ha sido puesto suficientemente de relieve que, al contrario que en Italia, en Holanda se acepta la necesidad de marcar prioridades en la política criminal y, por tanto, asegurar una estrecha colaboración entre los órganos políticos y del MP. En un documento meramente informativo y simple, titulado «*Het Openbaar Ministerie*», y que cuenta con su correspondiente versión inglesa –precisamente para dar al extranjero información general y fácil sobre el MP– puede encontrarse el siguiente párrafo: «Aproximadamente se cometen ocho millones de delitos en Holanda cada año –más de lo que el MP puede asumir–. Por lo tanto, muchas decisiones concretas han de tomarse en el curso del esfuerzo de la lucha contra el crimen. ¿A qué causas dar prioridad y cuales son los mejores medios para poder cursarlas? Hasta cierto punto estas decisiones se toman a nivel nacional, principalmente por el Consejo de Fiscales Generales, la más alta autoridad de la Fiscalía. Junto con el Ministro, el Consejo fija los parámetros de la política de investigación y acusación». *www.om.nl*, pg. 13. A nivel local y para tener en cuenta sus circunstancias, estos parámetros se fijan en las «*Tripartite Consultations*».

aprobadas por el Consejo mediante Circulares internas y su única consecuencia *ad extra* sería el nombramiento o adscripción de determinados fiscales a dos fiscalías distintas.

Si bien se ha valorado la reorganización de 1999 acaecida en el MP como muy positiva, el propósito de estas nuevas colaboraciones, de estas nuevas relaciones horizontales –pues eso son en definitiva– es flexibilizar la organización de las Fiscalías, demasiado «*divididas en equipos, responsables de una zona geográfica claramente definida*»¹⁰⁹⁹. En este sentido, una de las primeras iniciativas fue la de establecer sucursales que pudieran prestar servicios administrativos y jurídicos a más de una fiscalía. Si bien, la medida más importante ha sido la compartir los medios materiales y humanos más especializados de cada fiscalía. Ello ha permitido no sólo la reducción de personal, sino que además ha permitido la preservación de continuidad en el trabajo en el caso de traslados, vacaciones, bajas de los propios profesionales, asegurando un mantenimiento en cantidad y calidad, de la propia labor de las fiscalías.

La experiencia tuvo su origen en las fiscalías de Breda y Middelburg. Juntas establecieron una unidad común para tratar con las ofensas de tráfico que entraban dentro de los supuestos de derecho administrativo. El sistema rotativo de responsabilidades permitió cubrir con más eficiencia el tratamiento de las causas, a la par que rebajó su presión presupuestaria. Eso ha llevado a la creación de una «*Traffic Law Enforcement Bureau*» (BVOM), con la que libremente pueden colaborar las fiscalías que lo deseen¹¹⁰⁰.

II. LA «DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA». UNA EXCEPCIÓN A LA «ATOMIZACIÓN»

Mucho menos compleja que la organización holandesa es la organización del MP italiano. Y en realidad, dada su «*personalización*» y «*atomización*», de la que es una clara consecuencia, no queda mucho por señalar. Es una organización muy clásica, que conserva plenamente su adscripción a los Tribunales y comparte por tanto el mismo organigrama¹¹⁰¹.

1099. «Towards...», *op. cit.*, pg. 1.

1100. *Ibidem*, pg. 2. Para más detalles puede consultarse el citado documento que resulta muy esclarecedor al respecto. En todo caso, no deja de ser un documento político, y los resultados finales de esta reorganización serán cambiantes y continuamente experimentales. Lo cual es habitual en la cultura jurídica holandesa. Una de las cuestiones que resalta el propio documento es la dependencia que tiene esta cuestión con las relaciones y actividades que desarrollen los propios fiscales, pues al fin y al cabo, son asociaciones informales. Por otro lado, el documento llama la atención sobre la necesidad de establecer unos criterios más claros, establecer una verdadera política de «*branch offices*», pgs. 3 y ss.

1101. La organización judicial italiana tiene aún su origen en el RD de 1941 núm. 12, de 30 de enero, del *Ordinamento Giudiziario*. Por supuesto ha sufrido numerosas modificaciones. La última a través del la *Legge* de 30 de julio 2007, núm. 111 de «*Modifiche alle norme sull'Ordinamento giudiziario*».

Con competencia territorial encontramos:

- Las «*Procura della Reppublica*». Adscritas a las «*Corti di Appello*» se encuentran las «*Procure Generali della Repubblica presso le Corti d'Appello*»; a los «*Tribunali ordinari*» las «*Procure della Repubblica presso i Tribunali*»; y adscritas a los «*Tribunali per i minorenni*», las «*Procure della Repubblica presso i Tribunali per i minorenni*».
- Como ya sabemos al interno de cada fiscalía se encuentran, además de los «*Procuratori della Repubblica*», los «*Sostituti Procuratori*», que ejercitan su función según la designación para el tratamiento de los asuntos realizada por los Fiscales Jefes (art. 70 *ordinamento giudiziario* 1941), en una compleja relación cuya polémica o discusión ya hemos señalado. Juntos desarrollan el grueso de la fundamental labor de todo MP.

Con competencia nacional encontramos:

- La «*Procura Generale presso la Corte Suprema di Cassazione*»: Evidentemente desarrolla el papel de la Fiscalía en la CS. Muy parecido al modelo español, la CS italiana tiene como misión fundamental la de resolver los recursos de casación en el orden penal y civil.

La «*Direzione Nazionale Antimafia*»: Fue creada a través del Decreto Ley de 20 de noviembre de 1991, núm. 367, titulado «*Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata*». Además, en su art. 5, creó 26 «*Direzioni Distrettuali Antimafia*» (DDA), que tienen su sede en cada uno de los 26 *Distretti di Corte di Appello*. Esta ley reestructuró profundamente el MP italiano en lo que a la lucha contra la mafia y la criminalidad organizada se refiere, produciendo además ciertas modificaciones que rompen con los principios generales y que supusieron una novedad en el seno del MP. Y más de un autor ha señalado su valor como ejemplo que pudiera extenderse a todo el MP¹¹⁰². Se trata sin duda de una organización menos atomística y de una mayor tendencia jerárquica que el resto de los órganos del MP. Tal y como sucedió en Holanda con la búsqueda de unidad a través de la creación de una Fiscalía Nacional para la lucha contra la criminalidad organizada, la creación de la Dirección Nacional Antimafia, como demuestra su propio y breve preámbulo, es consecuencia de la conciencia de la «extraordinaria necesidad y urgencia» de una estructura concentrada que permita un impulso y una dirección unitaria y coordinada en la conducción de las investigaciones sobre la criminalidad mafiosa¹¹⁰³.

1102. PANAGIA, S., «Indipendenza del p.m. e superprocura», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pg. 1073.

1103. Decreto Ley de 20 de noviembre de 1991, núm. 367, titulado «*Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata*».

No obstante, esa unidad de dirección no ha traspasado hacia los órganos políticos, con los que no mantiene ninguna verdadera relación, a pesar de lo que la propia denominación –«*Dirección Nacional*»– pudiera sugerir. En ello no se diferencia del resto de los órganos del MP italiano.

Una prueba evidente de ello es el nombramiento del Procurador Nacional Antimafia, superior jerárquico del órgano. Según el art. 6 de la Ley 367/91, que reforma del art. 76 del RD de 1941 añadiéndole un párrafo bis, en su apartado 3, se señala que «*el nombramiento del procurador Nacional Antimafia se hará conforme al procedimiento previsto en el art. 11, apartado 3, de la Ley de 24 de marzo de 1958, N. 195. El cargo tendrá una duración de cuatro años y puede ser renovado una sola vez*».

En definitiva, el procedimiento de nombramiento es exactamente el mismo que para el resto de los altos cargos del MP que ya hemos mencionado, recordando también cómo la StCC 379/1992 permitía en realidad que el Consejo Superior de la Magistratura pueda tomar su decisión unilateralmente.

Al mismo tiempo, la Dirección Nacional Antimafia, en puridad, no es un órgano del MP, pues forma parte –y a ella se encuentra adscrita– de la Fiscalía General de la Corte de Casación (TS). Tampoco lo son las Direcciones de distrito, que se constituyen en el seno de las Fiscalías de los Tribunales de Apelación. El encargado de constituir las es el propio Fiscal Jefe (Fiscal de la república) de la Fiscalía. Para ello, es el propio Fiscal Jefe quien, oído el Fiscal Nacional Antimafia, designa a los fiscales que constituirán la Dirección, por un período no menor a los dos años, y teniendo en cuenta siempre «*las específicas capacidades y la experiencia profesional*» de los fiscales. Cualquier variación en la Dirección en este período, habrá de ser notificada al CSM. El Fiscal de Distrito a su vez estará obligado a informar al Fiscal Nacional Antimafia. No obstante, será el Procurador o Fiscal de Distrito, el encargado de distribuir el trabajo entre los fiscales adscritos a la dirección¹¹⁰⁴.

Si bien puede parecer una estructura similar a la de los Fiscales Delegados en España, aún a riesgo de estar anticipando algo que analizaremos más adelante, existen diferencias sustanciales. Las Fiscalías especiales en España, de la que surgen los Fiscales Delegados, sí son órganos independientes o Fiscalías independientes dentro del MF. Por otra parte, los Fiscales Delegados que ejercen las funciones delegadas poseen una doble adscripción –a la Fiscalía especial y a la Fiscalía en la que ejercen sus funciones– y un doble princi-

1104. Todo ello está expresamente regulado en el art. 5 L. 367/1991, que modifica el art. 70 del RD 1941 del «*Ordine Giudiziario*», añadiéndole el art. 70 bis, con 6 apartados.

pio jerárquico, incluso pueden compatibilizar sus funciones. En Italia, una vez constituida la Dirección, el fiscal conserva su única adscripción original a la Fiscalía de apelación, y queda sometido a un único principio jerárquico, el proveniente de la Dirección Nacional Antimafia.

El Fiscal Nacional tiene sobre los Fiscales de Distrito poderes que, tras la polémica analizada referida a la «personalización», van más allá de los que tiene cualquier otro Fiscal Jefe sobre los miembros de su Fiscalía¹¹⁰⁵. Al fin y al cabo, mediante decreto motivado¹¹⁰⁶, el Fiscal Nacional puede solicitar:

- «La avocación de las indagaciones preliminares relativas a cualquiera de los delitos a los que se refiere el art. 51 coma 3 bis [CPC] cuando no hayan tenido éxito las reuniones dispuestas para promover o hacer efectivo la coordinación de las mismas y ello no ha sido posible a causa de:
 - o La perdurable e injustificada inercia de la actividad investigadora;
 - o La injustificada y reiterada violación de los deberes previstos en el art. 371 para la coordinación de las indagaciones» [art. 7.3 h) L. 367/91].

Es decir, en definitiva puede llevar personalmente los asuntos que desee. Cuestión ésta de difícil extensión al resto de los fiscales jefes del MP italiano.

No obstante, frente a la ley original, el fiscal ha perdido ciertos poderes¹¹⁰⁷. Al ser una ley de reforma del CPC, en su reforma definitiva, ciertas

1105. En palabras de ZANON, N., *op. cit.*, pg. 81, «se está en presencia de un modelo alejado de aquel que, tendente al poder difuso y a la personalización de la actividad inquiriente-requiriente, ha determinado la organización "normal" de las fiscalías del MP en términos generales». Además, para este autor, las consideraciones que llevaron a la creación de la Dirección Nacional Antimafia deberían llevar a la doctrina italiana a replantear también la relación del MP y sus órganos con los órganos políticos.

1106. Sobre el que deberá informar al CSM y al Fiscal de la República interesado, quien en todo caso, podrá presentar un recurso ante el Fiscal de la Corte de Casación [art. 7.3 h) L. 367/91 o art. 371.3 h) bis CPC]. Además, el Fiscal Nacional «*procederá a la avocación después de haber recabado sobre el asunto, personalmente o mediante un magistrado de la Dirección nacional antimafia especialmente designado para ello, la información necesaria...*». Y uno u otro, deberán llevar a cabo todas las diligencias preliminares de la investigación sin que quepa ninguna nueva delegación –salvo casos excepcionales– (art. 7.4 L. 367/91).

1107. La Ley 367/91 preveía que el Fiscal Nacional (art. 7, de modificación del art. 371 CPC): «*reconoce los temas a investigar y orienta el plan de investigación sobre el territorio nacional informando a los Fiscales Generales de las Cortes de Apelación y a los Procuradores de Distrito y dando comunicación al Consejo General para la Lucha Contra la Criminalidad Organizada*»; e «*imparte a los Procuradores de Distrito directivas específicas dirigidas a asegurar el uso más correcto de los magistrados de las direcciones de distrito y de las fuerzas de policía, también coordinando los modos y las formas bajo las cuales los Fiscales de Distrito deben hacer uso de la Dirección Investigativa Antimafia*».

previsiones fueron excluidas del texto actual, debilitando los poderes del Fiscal Nacional¹¹⁰⁸. Perdió poderes de verdadero impulso y novación en la dirección, y se le ha derivado a una actividad fundamentalmente de coordinación.

No obstante, el artículo que establece los poderes que le restan al Fiscal Nacional se titula: «*Actividad de coordinación del Fiscal Nacional Antimafia*» (art. 371 bis CPC). Y en todo caso, sí son poderes de importancia que le hacen único dentro del MP italiano¹¹⁰⁹.

Como se ha podido deducir, la atribución de competencias tanto a la Dirección nacional como a las Direcciones de distrito se ha realizado mediante complicadas remisiones de unas leyes a otras que, en definitiva, vienen a atribuirles la competencia sobre los delitos a los que hace referencia el proceso descrito en el art. 51.3 CPC. Y que son fundamentalmente procedimientos para los delitos más graves, como asociación mafiosa o pertenencia al crimen organizado [art. 74.1 a) DPr. de 9 de octubre 1990 núm. 309]. En definitiva, la Ley 367/91 que modificaba el CPC, estableció en su art. 3 la modificación del art. 51.1 a), titulándolo «*Atribuciones del Procurador de la República de Distrito*», y el b), según el cual «*los casos de avocación previstos en el art. 371 bis, son ejercidos por los magistrados de la Dirección Nacional Antimafia*». Y a su vez, el art. 7 L. de la L. 367/91, que modificaba el art. 371 bis CPC, estableció que «*El procurador nacional antimafia ejercita sus funciones en relación a los procedimientos para los delitos indicados en el art. 51.3 bis CPC y en relación con*

1108. Tampoco pasó el «filtro», la última de las causas de avocación previstas a favor del Fiscal Nacional en el art. 7.3 h) 3, –que acabamos de ver– «*por grave y reiterada inobservancia de las directivas previstas en la letra f)*». Sin embargo, se eliminaron las directivas previstas en la letra e) –que acabamos de señalar– pero no las de letra f).

1109. Art. 7.2 y 3 a-g) L. 367/91: «*el fiscal nacional antimafia ejercita las funciones de impulso en la relación entre los Fiscales de Distrito con el fin de hacer efectiva la coordinación de las actividades de investigación, de garantizar la funcionalidad de la actividad de la policía judicial en sus diversas articulaciones y de asegurar la conclusión y tempestividad de las investigaciones*»;

Así como en particular, en cumplimiento de las funciones que le atribuye la ley: «*Con conocimiento de los procuradores de distrito interesados, asegura la relación investigadora también por medio de los magistrados de la Dirección nacional antimafia; Cuida de que mediante las aplicaciones en tiempo, los Magistrados de la Dirección nacional y de la dirección de distrito antimafia tengan la necesaria flexibilidad y movilidad que sean necesarias para satisfacer las específicas y contingentes necesidades investigadoras o procesales; Con fin de una eficiente coordinación investigadora y de la represión de los delitos, podrá adquirir y elaborar noticias, informaciones y datos relativos a la criminalidad organizada; .../...*

Imparte a los procuradores de distrito directivas específicas a las que deberán atenerse para prevenir o resolver los conflictos que puedan darse en relación al modo de realizar la coordinación de aquellas actividades de las diligencias de investigación; g) reúne a los procuradores de distrito con el fin de resolver los conflictos que, fallidas las directivas específicas impartidas, hayan podido surgir y que han impedido promover o hacer efectiva la coordinación».

*los procedimientos de prevención*¹¹¹⁰. Con tal fin, dispone de la dirección investigadora antimafia y de los servicios centrales e interprovinciales de la policía, e imparte directivas dirigidas a regular la actividad con fines investigadores».

De la lectura detenida de los artículos citados y de alguna otra remisión legislativa producida, se observa que el criterio por el que se atribuye la competencia de la Dirección Nacional es un criterio material, mientras que el criterio de distribución del trabajo en torno a las Direcciones de distrito está ligada a la propia competencia jurisdiccional del Tribunal regional en donde se hayan cometido las actividades delictivas. Es por ello que se han creado Direcciones territoriales en todos los Tribunales de Apelación.

En realidad, la función de la Dirección nacional deviene fundamental, pues se trata de adquirir la competencia a través de un procedimiento de avocación de las actuaciones, siempre que se tenga noticia de un posible delito de criminalidad organizada o mafiosa. Para ello el cruce de información es condición necesaria¹¹¹¹.

III. LA NUEVA ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL, SEGÚN LA LEY 24/2007 DE REFORMA DEL EOMF

La nueva Ley 24/2007¹¹¹², ha supuesto la última renovación en profundidad de la organización del MF español. Ya hemos visto de qué modo ha afectado a su máxima autoridad, el Fiscal General. Sin embargo, ha tenido muchas más repercusiones a nivel organizativo en base a tres criterios fundamentales: autonomía, especialización e implantación territorial¹¹¹³.

1110. Esta nueva competencia ha sido recientemente atribuida por el D. Ley de 23 de mayo de 2008 núm. 92, art. 2. Decreto sobre «Medidas de seguridad pública» dictadas en relación con «fenómenos de ilegalidad difusa ligados a la inmigración ilegal y a la criminalidad organizada». Exposición de motivos, pg. 1.

1111. En la página Web <http://www.giustizia.it/uffici/info/030.htm> puede encontrarse un sencillo esquema explicativo del modo de procesar los datos informáticos sobre las distintas investigaciones abiertas, de forma que la Dirección Nacional y las Direcciones de distrito conozcan y decidan los procedimientos que deben avocarse.

1112. Ley de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 51/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. BOE núm. 243 de 10 de oct., pgs. 41197-41214.

1113. *Ibidem*, op. cit. Ex. de motivos I, pg. 41197. En palabras de la propia Ley, con el objetivo «de alcanzar una mayor eficacia y eficiencia en el cumplimiento de tal relevante misión del Ministerio Público se hace necesario abordar una serie de modificaciones sustanciales... En efecto, el desarrollo social, económico y tecnológico de un lado, y la consolidación del Estado de las Autonomías, junto a la evolución del proceso... hacia fórmulas que exigen una presencia e intervención mucho mayor del fiscal, exigen hoy la reordenación íntegra de las coordinadas organizativas del MP en el doble plano de su capacidad de especialización y de implantación territorial, de modo que su necesaria unidad de actuación se traduzca, como garantía esencial de los ciudadanos, en una presencia del fiscal igual, y con el mismo grado de especialización por materias en cualquier punto de España».

Un ejemplo, aunque no sea el más relevante¹¹¹⁴, de esa mayor presencia e intervención del Ministerio Fiscal, puede encontrarse ya en los primeros artículos, los nuevos arts. 3.5 y 4.6 del EOMF. En el primero, se referencia por primera vez en el Estatuto su capacidad para la instrucción del proceso penal en el ámbito de la LO 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM). También su intervención en la protección no sólo de los testigos sino también de los peritos (art. 3.10), así como su intervención en la cuestión de constitucionalidad en los términos de la LOTC (art. 3.11).

En el segundo, se reconoce su autoridad para el acceso a los Registros oficiales de modo directo¹¹¹⁵. Y quizá lo más importante en relación a su modernización y mayor presencia social: la posibilidad de creación, en las sedes de las Fiscalías Provinciales, de centros de relación con las víctimas y los perjudicados por las infracciones criminales. Fruto por cierto de la Enmienda 74 presentada por Convergencia i Unió cuya motivación reproducimos, al compartir plenamente su planteamiento: *«intensificar las relaciones del Ministerio Público con las víctimas, defensor de sus derechos e interés, posibilitando que pueda hacerlo con conocimiento de causa lo que, ciertamente, redundará en beneficio de su imagen pública e incrementará su estimación social»*. Cuestiones estas, la de la imagen pública y la apreciación social a la que ciertamente se le da muchísima importancia en Holanda, con una preocupación constante en la institución por su presencia social y contacto con los ciudadanos, y que parece estar también más presente en el legislador español, a partir de esta reforma. Aunque aún es pronto para poder afirmarlo, creemos que la nueva Unidad de Apoyo (art. 13.4 EOMF) puede jugar un papel importante en esta cuestión. Dirigida por un Fiscal Jefe y los fiscales que se determinen en plantilla, además de la posibilidad de que funcionarios de la Administración General del Estado o de la Administración de Justicia participen en ella, tiene como sus dos primeras competencias, la asistencia al Fiscal General del Estado en materia de:

1114. Lo más relevante hubiera sido la atribución del MF de la instrucción penal, cuestión esta que, por otro lado habría de conllevar además de la reforma del EOMF la reforma de la LECrim, aunque si está presente y parece estar en la visión de futuro de esta reforma. Como dice la Ley: *«La finalidad de superar el actual sistema de adscripciones permanentes, los conocidos como destacamentos, y la necesidad de crear una estructura del Ministerio Fiscal a nivel del territorio de la provincia que permita la cercanía a los órganos jurisdiccionales no radicados en la capital, y que permita de futuro una eventual asunción de la dirección de la investigación penal por parte de los fiscales, son razones suficientes para que esta Ley venga a articular la organización territorial en el seno de la provincia»*. Ex. de motivos IV, pg. 41199.

1115. La disposición del Proyecto hacía referencia a la capacidad de acceso del fiscal a los Registros oficiales, estableciendo una mención expresa, no taxativa, de los más importantes. Se ha eliminado esta referencia además de añadirse un límite: que el registro no esté restringido a control judicial (Secreto de sumario que no puede vulnerar el fiscal). Desde luego existe una creciente necesidad de aumentar la capacidad del fiscal en el acceso a la información, fundamental para la lucha contra el crimen organizado, así como para la cooperación judicial europea. Es necesario

- a) representación institucional y relaciones con los poderes públicos;
- b) comunicación y relaciones con los medios y gestión de la atención al ciudadano¹¹¹⁶.

1. AUTONOMÍA

Sin perjuicio de la relación que existe entre la autonomía del MF y el nombramiento o posición del Fiscal General, que ya hemos tenido ocasión de abordar en su lugar correspondiente, un nuevo artículo del EOMF nos parece que otorga una nueva dimensión a la autonomía del MF, a la vez que lo hace tomando en cuenta su nueva dimensión territorial. Nos estamos refiriendo al art. 72.3 EOMF¹¹¹⁷.

La nueva ley parece introducir la tantas veces reclamada autonomía presupuestaria, condición casi imprescindible, si se pretende después exigir responsabilidades por la gestión y la eficiencia del gasto o del propio servicio prestado a los ciudadanos. Por lo demás, representa la otra cara de la moneda de una verdadera autonomía. Podría en este sentido considerarse como una tímida introducción de un «*Planning and control*» de tipo holandés, que permita al Ministro poder valorar mejor la acción del Fiscal General y de toda la institución, pudiendo así después implementar una verdadera rendición de cuentas y ejercer su verdadera responsabilidad política sobre el Ministerio Fiscal en el Congreso¹¹¹⁸.

que los fiscales puedan disponer de información con la que poder colaborar en las Redes Europeas como la OLAF y sobre todo, el EUROJUST.

- 1116. Existe en todo caso la Instrucción núm. 3, de 7 de abril de 2005, «sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación». No obstante, aquí se ha dado un paso más al establecer directamente la relación con las víctimas.
- 1117. Art. 72.3 EOMF: «*Los presupuestos Generales del Estado y los de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de Admón. de Justicia contemplarán dentro de la Sección que corresponda, y previa ponderación de las necesidades funcionales del Ministerio Fiscal propuestas por el Fiscal General del Estado, previa audiencia, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, las correspondientes partidas presupuestarias adecuadas singularizadas para atender aquéllas. En todo caso, una de estas partidas será gestionada por la Unidad de Apoyo del Fiscal General y estará destinada a atender los gastos de la administración de la Fiscalía General del Estado.*».
- 1118. El caso es que en los Presupuestos Generales del Estado no ha habido un reflejo claro del cumplimiento de este artículo. Ello motivó que en la comparecencia del Fiscal General del Estado del 6-11-08, el Sr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., con motivo de la Memoria de la Fiscalía del año 2007 ante la Comisión del Congreso de los Diputados, se refiriera a ello señalando que: «A lo largo de mi larga trayectoria profesional he sido siempre más partidario de buscar la máxima eficacia a partir de los recursos disponibles que proclive a quejarme de no tener medios bastantes. Como fiscal general creo haber dado prueba de ello, proponiendo siempre reformas realistas y factibles y, por tanto, reformas viables. Pero este Parlamento, el Gobierno y los poderes autonómicos competentes en la materia tienen la responsabilidad añadida de ajustar las prioridades de acuerdo con las necesidades de los servicios públicos, y ahora tienen también el deber expreso de reflejar de manera individualizada en los presupuestos, conforme a la ley, la proporción concreta de

2. MODERNIZACIÓN, RACIONALIZACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN

En cuanto a la introducción de un principio de especialización que tenga verdadera presencia en el MF español, nuestra opinión es que esta

ese esfuerzo que corresponde al Ministerio Fiscal. Más allá del voluntarismo o la retórica, ni la autonomía de las instituciones que han de tenerla ni la modernización y la eficiencia de su trabajo pueden caminar por el sendero de la excelencia, ni aún de la suficiencia que los ciudadanos tienen derecho a exigir, sin un soporte proporcionado a la clase y al nivel de los resultados que se pretendan obtener». Más tarde, el Diputado Sr. Jané, de Convergencia i Unió, se refirió también a esta cuestión: «No le debo agradecer al Gobierno la descortesía que ha tenido con esta Cámara y con la fiscalía, a la hora de presentar ante la misma el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009. Cómo puede ser que se presente un proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado y se incumpla de manera directa lo que establece la nueva Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Quiero recordar que, como consecuencia de una enmienda de Convergencia i Unió y de otros grupos parlamentarios, se llegó a un consenso, si me lo permite, incluso con una cierta rebaja en el planteamiento inicial que hacía nuestro grupo parlamentario, y se logró que de manera clara –no hay interpretación posible ya que es una norma de obligado cumplimiento– el artículo 72 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su apartado 3 estableciera de manera clara que los Presupuestos Generales del Estado y los de las comunidades autónomas que hayan asumido competencias en materia de la Administración de Justicia contemplaran, dentro de la sección que corresponda y previa ponderación de las necesidades funcionales del Ministerio Fiscal, propuestas por el Fiscal General del Estado, previa audiencia, en su caso, a las comunidades autónomas, las correspondientes partidas presupuestarias adecuadamente singularizadas para atender a aquellas. Señor Conde Pumpido, no he sabido encontrar en el proyecto de presupuestos esas partidas singularizadas que la ley manda al Gobierno que debe atender. Me gustaría conocer su criterio y saber si el Gobierno se ha dirigido a usted, tal como prevé ese artículo 72 para que, de alguna manera, pueda ponderar esas necesidades. Creo que aún estamos a tiempo e incluso que esta Comisión de Justicia podría dirigir directamente una queja porque esta ley que aprobamos en esta Comisión no se está cumpliendo y no la estamos cumpliendo en el propio trámite de los Presupuestos Generales del Estado». A lo que finalmente respondió el Fiscal General: «Me ha llamado poderosamente la atención y comparto absolutamente el hecho de destacar que la ley aprobada por esta Cámara establece en el artículo 72 la necesidad de singularizar el presupuesto del ministerio público atendiendo además a recomendaciones internacionales y a acuerdos adoptados por unanimidad por esta misma Cámara y que, efectivamente, ese deseo de singularización se hizo efectivo en la norma aprobada el año pasado. Como Fiscal General del Estado lo único que he podido hacer ha sido trasladarle al señor ministro de Justicia, por un lado, al señor ministro de Economía y Hacienda y vicepresidente segundo del Gobierno por otro y al señor presidente de las Cortes por otro, el deseo de que esta ley efectivamente sea cumplida, como todas las demás leyes, y que por lo tanto haya unas partidas singularizadas en el presupuesto, pero indudablemente no le corresponde hacer el presupuesto al Fiscal General del Estado y tanto en las partidas singularizadas como las específicamente destinadas a la fiscalía general del Estado a las que se refiere el artículo 72, como las que los gobiernos autonómicos que tienen competencias transferidas deberían establecer, hemos hecho el máximo esfuerzo a lo largo de este año en solicitarlo al Ministerio de Justicia y a los gobiernos con competencias transferidas, y el Fiscal Jefe de sala de la unidad de apoyo, don José Luis Bueren, que está presente en este acto, se ha dirigido reiteradamente a unos y otros para recordar esta obligación legal y para interesar por parte del ministerio público que se cumpla. No depende el cumplimiento del Ministerio Fiscal, sino que depende de sus señorías». *www.congreso.es*.

cuestión ha de analizarse junto con el esfuerzo que esta ley recoge por modernizar y racionalizar la estructura orgánica de la institución. Un esfuerzo que si bien lógicamente no ha producido una organización perfecta, ideal, si creemos debe valorarse de forma muy positiva –aún incluso a la espera de resultados más concretos– para los que el paso del tiempo es imprescindible. Y todo ello porque la ley introduce una serie de novedades que, a nuestro juicio, y como expondremos a continuación, hacen del MF español un órgano autónomo, bien equilibrado en su distribución de poderes, bien regulado y preparado para los retos del futuro. También a nuestro juicio, mejor preparado para cumplir sus funciones constitucionales.

No obstante iniciaremos esta exposición con una sucinta mención a la relación de órganos que existen actualmente en el MF, con el fin de facilitar la comprensión de lo que se expondrá después.

Regulados en el art. 12 EOMF, son órganos de la Fiscalía «sin tribunal»:

El Fiscal General del Estado;

El Consejo Fiscal;

La Junta de Fiscales de Sala;

La Junta de Fiscales Superiores de las CC AA, órgano creado al amparo de la nueva ley.

Es evidente que ninguno de estos órganos ejerce funciones en el ámbito de los tribunales de justicia, sino que se trata de órganos que, cada uno con sus propias competencias y ámbito territorial, participan en el gobierno de la institución. En cuanto a los órganos que sí ejercen sus funciones en el ámbito de los tribunales y, conforme a los dos criterios básicos entrelazados de especialización y ámbito territorial encontramos:

La Fiscalía del Tribunal Supremo;

La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional;

La Fiscalía de la Audiencia Nacional;

Las Fiscalías Especiales¹¹¹⁹;

La Fiscalía ante el Tribunal de Cuentas que se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica de dicho Tribunal;

1119. Anteriormente mencionadas expresamente, han cambiado su denominación y sobre todo se han unificado bajo un régimen común de organización y funcionamiento (art. 19 EOMF), razón por la cual seguramente el legislador haya decidido nominarlas como órgano bajo el rótulo genérico de Fiscalías Especiales [art. 12 h) EOMF] y después nombrar a cada una por separado (art. 19.2 EOMF) y regularlas en su propio apartado: F. Antidroga (art. 19.3 EOMF) y F. contra la Corrupción y contra la Delincuencia Organizada (art. 19.4 EOMF).

La Fiscalía Jurídico Militar, no prevista anteriormente como órgano del MF;

Las Fiscalías de las Comunidades Autónomas;

Las Fiscalías Provinciales;

Las Fiscalías de Área¹¹²⁰.

En cuanto a las categorías de la carrera fiscal, existen dos clasificaciones que se superponen. En primer lugar los fiscales se clasifican según su asimilación con la Judicatura. Clasificación escasamente relevante para nosotros –sí lo es para los fiscales– pues tiene únicamente relevancia a efectos *ad extra* de reconocimiento administrativo y salarial para una aplicación análoga del régimen administrativo y contractual tanto a los funcionarios del MF como a los pertenecientes a la Judicatura. Así según en el art. 34 los fiscales se clasifican en: Primera categoría: Fiscales de Sala del TS, equiparados a los Magistrados del alto Tribunal. El Teniente Fiscal del TS, tendrá la consideración de Presidente de Sala¹¹²¹; Segunda categoría: Fiscales, equiparados a Magistrados; Tercera categoría: Abogados-Fiscales, equiparados a Jueces.

Mucho más relevante es, al interno de la carrera fiscal, la relación que guardan las categorías con la provisión de destinos (art. 35). Así, a la categoría primera corresponden evidentemente los destinos más altos, como son los Fiscales de Sala del TS, el Fiscal Jefe de la Unidad de Apoyo, la Secretaría Técnica y el Fiscal Jefe Inspector, el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, los Fiscales Jefes de las Fiscalías Especiales y de la Fiscalía ante Tribunal Constitucional. Los de la categoría segunda cubren los puestos intermedios de la carrera, como son los restantes cargos en las Fiscalías mencionadas o la Jefatura y el Teniente Fiscal en las demás Fiscalías. A todos estos destinos se suele

1120. Aunque hablaremos más adelante de la nueva organización territorial de las fiscalías, si nos gustaría subrayar un pequeño dato formal pero a nuestro juicio significativo, como es la nueva denominación de las Fiscalías «territoriales»: no se hace referencia al Tribunal en el que ejercen sus competencias. Es evidente que estas fiscalías tendrán un ámbito territorial correspondiente a la jurisdicción de los tribunales del mismo territorio, pero el cambio de nombre de Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y Fiscalías de las Audiencias Provinciales por los actuales, nos sugiere una desvinculación de dichos ámbitos jurisdiccionales y una reafirmación de autonomía del MF como órgano de relevancia constitucional distinto de los propios tribunales y de la propia magistratura. Todo ello por supuesto en oposición al modelo italiano –donde ni siquiera existen órganos «sin tribunal»– y más próximo al sistema holandés.

1121. En paralelo, también los Fiscales Superiores de las CC.AA. y los Fiscales Jefes de las Fiscalías Provinciales tendrán la categoría equiparada a la de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y Presidentes de las Audiencias Provinciales (art. 35.2 EOMF).

añadir un criterio de antigüedad en la categoría. Por último, «*la plantilla orgánica fijará la categoría necesaria para servir los restantes destinos fiscales dentro de la categoría segunda y de la tercera categoría*» (art. 35.4 EOMF).

En lo que se refiere a una búsqueda de modernización y racionalización de la estructura orgánica del MF, consideramos que se han producido tres cambios sustanciales que han mejorado la institución.

En primer lugar, la creación de la propia Unidad de Apoyo, integrada dentro de la Fiscalía General del Estado (art. 13.1 y 13.4 EOMF). Además de sus funciones, ya mencionadas, y que pueden ayudar a una mayor permeabilidad social de la institución, la Unidad de Apoyo también asesorará a la Fiscalía General en materia de análisis y determinación de las propuestas relativas a necesidades de organización y funcionamiento del MF en materia estadística, informática, personal, medios materiales, información y documentación. Apoyo nada baladí hoy en día y para lo que juzgamos muy útil, como por otro lado se viene realizando en Holanda desde hace años, la previsión de la posibilidad de que funcionarios externos al MF y pertenecientes a otras especialidades, se integren en esta Unidad.

En segundo lugar, se ha promovido un gran esfuerzo de racionalización y organización de las distintas figuras o distintos emplazamientos que existen al interno de la institución: un gran esfuerzo por concretar sus ámbitos competenciales, sus funciones y sus posiciones orgánicas. Este proceso ha permitido además una mayor presencia del principio de especialización y la articulación del órgano de forma territorial. Y ello al tiempo que se han mantenido, a nuestro juicio con toda firmeza, los principios constitucionales del MF: la jerarquía y la unidad.

De entre los cambios efectivos podemos señalar los siguientes:

Potenciación de la figura del Teniente Fiscal TS (art. 17 EOMF):

Se explicitan sus funciones de verdadero director ordinario de la Fiscalía del TS y de sustitución del FG.

Se exigen tres años de antigüedad en la 1ª categoría de la carrera para el acceso al cargo [art. 35.1 a) EOMF].

También se explicitan y potencian las funciones de los Tenientes Fiscales, del resto de las Fiscalías (art. 22.6 EOMF).

Por último, también se explicitan las funciones que, en todo caso, ejercen los Fiscales Jefes (art. 22.5 EOMF).

En tercer lugar, y en íntima relación con lo que acabamos de analizar,

han surgido nuevas figuras o tipología de fiscales dirigidos a la especialización y que, junto con el resto de los fiscales, han quedado mucho mejor definidos que en la situación anterior.

Decíamos que se han explicitado las funciones que ejercen los Fiscales Jefes de cada órgano. No obstante, se ha producido una cierta polémica al respecto por una pérdida de competencias de los Fiscales Jefes que supuestamente flexibilizan la jerarquía al interno del órgano. No es esa nuestra opinión.

Es evidente que se ha eliminado el último párrafo del art. 26 EOMF¹¹²². Pero no es menos cierto que se han especificado sus competencias en el art. 22.5 EOMF, se han mantenido sus competencias del art. 25 EOMF¹¹²³ –no menos importantes que las del art. 26 EOMF– y, en todo caso, se ha mantenido el principio de jerarquía en todos aquellos supuestos previstos y en nada ha cambiado el principio de relación de los Fiscales Jefes con los subordinados desde el momento en que:

«En cualquier momento de la actividad que un fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que le estuviere asignada en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía, podrá su superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, avocar para sí el asunto o designar a otro fiscal para que lo despache. Si existe discrepancia resolverá el superior común a ambos. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo Fiscal, que podrá expresar su parecer» (art. 23 EOMF).

No obstante, de una lectura más detenida del artículo sí se observa un cambio de mayor trascendencia: *«Los miembros del Ministerio Fiscal son autoridad a todos los efectos y actuarán siempre en representación de la institución»* (art. 23 EOMF); pero ya no *«por delegación de su jefe respectivo»* (antiguo art. 23).

Se ha producido, por tanto, una supresión de la delegación general de los fiscales jefes bajo la que actuaban todos los fiscales. Asimismo, el artículo

1122. Art. 26 EOMF: *«El Fiscal General del Estado podrá llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, trasladando, en este caso, dichas instrucciones al Fiscal Jefe respectivo. El Fiscal General del Estado podrá designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado, ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir, oído el Consejo Fiscal».*

«Las mismas facultades tendrán los Fiscales Jefes respecto de los funcionarios que les están subordinados oída la Junta de la Fiscalía». Este último párrafo es el suprimido.

1123. El primero de los artículos contiene una enumeración no taxativa de las facultades que corresponden a los Fiscales Jefes en materia de organización, distribución de trabajo y capacidad disciplinaria. El segundo, supone el reconocimiento expreso de la capacidad para dictar órdenes e instrucciones de carácter general o concreto a sus subordinados. Sin duda es otra de las enunciaciones concretas del principio de jerarquía.

mantiene la posibilidad de sustitución y avocación de los asuntos por parte de los fiscales jefes, si bien dotando de nuevas garantías a los fiscales subordinados.

A nuestro juicio, se trata una disposición muy equilibrada. En primer lugar, la eliminación de la delegación general es un modo de distinguir la naturaleza de todo fiscal, de la concreta función de los Fiscales Delegados, que tendremos ocasión de analizar enseguida. Como señala el nuevo art. 22.3 EOMF, los Fiscales Delegados de Sala asumen sus funciones *«en los términos y con los límites que establezca el acto de delegación, que será revocable y se extinguirá cuando cese el Fiscal General»*; mientras que el nuevo art. 19.5 EOMF especifica muy claramente que: *«Sin perjuicio de las Instrucciones que con carácter general pueda impartir el Fiscal General del Estado, el Decreto de nombramiento concretará las funciones y ámbito de actuación de los Fiscales Delegados, especificando el grado de dedicación a los asuntos competencia de la Fiscalía Especial»*. En el caso de los fiscales de plantilla, el acto de nombramiento que le habilita para el ejercicio de las funciones inherentes al cargo de fiscal es absolutamente independiente de la voluntad del Fiscal Jefe, a quien se le asignan estos fiscales, y cuya situación orgánica no está vinculada a la de su superior jerárquico inmediato.

Como señala LÓPEZ LÓPEZ, no es el Fiscal Jefe, sino la ley, en sus nuevos arts. 21.5 (antes art. 20) y 23 EOMF, el instrumento que los habilita para actuar en cualquier punto geográfico del ámbito de su fiscalía, y en todo caso los reconoce como autoridad pública y como representantes legítimos de la institución. Hecho que se refuerza con la eliminación de la delegación en la disposición, que no dejaba de ser como ya dijimos en su momento, una subdelegación interna sin relieve jurídico¹¹²⁴. No obstante, ello no es óbice para que el principio de jerarquía siga totalmente presente. Eliminada la delegación, el Fiscal Jefe mantiene intacto su poder para sustituir al fiscal o avocar para sí el despacho de asuntos en todo momento, aunque la actividad esté iniciada. Y he aquí donde la disposición introduce un nuevo cambio: si la supuesta delegación anterior permitiría entender que el Fiscal Jefe podía ejercer semejante competencia *«si razones fundadas»* lo aconsejaban, el *«nuevo»* reconocimiento del fiscal de plantilla y su propia posición autónoma obligan al Fiscal Jefe a realizar *«una resolución motivada»*. Se reconoce además la posibilidad de discrepancia, que resolverá el superior jerárquico. Por último, en los casos de sustitución, el Consejo Fiscal podrá expresar su parecer. Lo que sin duda, a pesar de carecer de fuerza jurídica, añade a la disputa el compromiso de la publicidad y toda su influencia.

1124. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales...*, op. cit., pg. 210.

Cabría preguntarse por tanto si se ha dado un paso hacia la «*personalización*» –en términos italianos– de la fiscalía española. Ni mucho menos. A nuestro juicio, se ha dotado de mayores garantías a la posición orgánica de los fiscales y se han distinguido mejor las distintas figuras funcionales existentes. Retomando la discusión italiana y algunos de sus términos, es posible suponer que el legislador español haya entendido que la verdadera relación existente en el interior de las Fiscalías es una relación de «*designación*» y no de delegación. Cuestión en la que sí nos mostraríamos de acuerdo, pues no cabe duda de que todo fiscal ha de poder realizar su labor con un grado de autonomía suficiente que le permita actuar con absoluta imparcialidad y resulta además mucho más acorde con el reconocimiento de todo fiscal como autoridad pública. Tal y como señalaba el CSM sobre la situación italiana, este cambio implica una necesidad de regulación de las competencias de los Fiscales Jefes –y de los principios a los que éstos se sujetan–, y por tanto, la eliminación de una relación jerárquica *a priori* ya que éstas no podrían derivarse por vía interpretativa del instituto de la delegación que en sí mismo las comprende. Podemos también mostrarnos de acuerdo al respecto.

No obstante, cabe suscitar dos cuestiones fundamentales al respecto: en primer lugar, el principio de jerarquía rige la organización del MP según la CE, no así según la CI; y en segundo lugar, la legislación española es mucho más extensa y detallada.

Lejos de las modificaciones italianas que distinguen entre la fase preliminar y la de audiencia que reconocen la «*plena autonomía*» del Fiscal Sustituto, han eliminado el término «*dependiente*», o regulado las competencias de los Fiscales Jefes de manera general y vaga (art. 70.3 r.d. 1941), el legislador español ha concretado, *ex novo*, y de manera muy precisa las mismas (art. 22.5 EOMF), incluyendo la de avocar asuntos y sustituir al fiscal, al tiempo que continúa señalando expresamente que el principio de jerarquía regula muchas de las relaciones entre los órganos de la Fiscalía (art. 22.7 y 22.8 EOMF por ejemplo) y crea órganos cuya misión fundamental es la de mantener tanto la unidad orgánica, como la fundamental unidad funcional –unidad de criterios de actuación– expresamente recogida en el art. 24 EOMF que regula el funcionamiento de las Juntas internas. Por ejemplo, la Junta de Fiscales de Sala, la Junta de Fiscales Superiores de la CA o la Junta de Coordinación (arts. 15, 16 y 22.10 EOMF).

Como tuvimos ocasión de subrayar, también a raíz de la situación italiana, es perfectamente posible sujetar la relación de designación al desarrollo de una labor conforme a unos principios, contenidos y fines establecidos de manera previa. Límites que el legislador español ha precisado mejor que antes: dotando de autonomía a los fiscales de plantilla pero manteniendo los

razonables poderes de control de una relación jerárquica –que no abusiva, todopoderosa–. El artículo 24 EOMF, reformado por la ley 14/2003 y marcando la nueva tendencia es también una muestra de este equilibrio. Los acuerdos de las juntas internas que debe celebrar toda fiscalía con el fin de tratar los asuntos de especial trascendencia y lograr la unidad de criterios se toman después del libre debate por mayoría. Si bien tienen carácter de informe y prevalece el criterio del Fiscal Jefe en caso de que se requiera una inmediata ejecutividad, si éste fuera discordante con la decisión de la mayoría, se deberán someter ambas al superior jerárquico. También la reforma del art. 26 EOMF apunta directamente en esta línea.

Ya más específicamente, en cuanto a la especialización y en relación directa con lo que acabamos de señalar, se han regulado de manera precisa una serie de fiscales y órganos directamente establecidos para promover una mayor especialización en todos los niveles funcionales y territoriales del MF¹¹²⁵.

En primer lugar, siguiendo el orden ya mencionado, destaca la aparición de la figura del Fiscal de Sala Delegado (art. 22.3 EOMF)¹¹²⁶. Figura que no es más que la consagración legal del clásico sistema de delegación de funciones por parte del FG. Pero en esta ocasión y, a nuestro juicio, como debe ser y en coherencia con lo que acabamos de hacer notar, otorgada mediante un acto específico y limitado y no mediante una supuesta delegación general que, según alguna doctrina –no acertada a nuestro juicio–, otorgaba legitimidad a todos los demás fiscales. Se trata de legalizar una desconcentración de poder, asignando a estos fiscales las responsabilidades de coordinación y de impartir criterios en la materia propia de su competencia, a través de la propuesta al FG de las circulares o instrucciones consideradas necesarias. *«Tarea esta que, desde el punto de vista de la unidad de actuación, queda mejor cubierta atendido su grado de especialización»*¹¹²⁷. Afirmación que suscribimos. A ello hay que sumar la descarga de trabajo que ello supone, respecto de una

1125. Regulación que el Partido Popular no se cansó de tachar de *«farragosa»* y *«federal»* en los sucesivos debates parlamentarios. Por ejemplo, Comisión de Justicia, Congreso de los Diputados; sesión 45, 9 de mayo 2007. Diario de Sesiones 824.

1126. Art. 22.3 EOMF: *«El Fiscal General del Estado podrá delegar a los Fiscales de Sala funciones relacionadas con la materia propia de su competencia. Los Fiscales de Sala Delegados asumirán dichas funciones en los términos y con los límites que establezca el acto de delegación, que será revocable y en todo caso se extinguirá cuando cese el Fiscal General. Dentro de tales límites, los Fiscales de Sala podrán proponer al Fiscal General del Estado las Circulares e Instrucciones que consideren necesarias, participar en la determinación de los criterios para la formación de los Fiscales Especialistas y coordinar a nivel estatal la actuación de las Fiscalías, sin perjuicio de las facultades de los respectivos Fiscales Jefes de los órganos territoriales»*.

1127. Ley 24/2007, Ex. de motivos, BOE núm. 243, pg. 41198.

figura que sufre una enorme concentración de tareas como es el Fiscal General, así como las demás importantes competencias que pueden serles atribuidas a estos Fiscales de Sala Delegados, según establece el propio artículo.

En segundo lugar, ha sido importante el esfuerzo por mejorar la regulación de la Fiscalías Especiales [art. 12 h) EOMF] y de la figura de los Fiscales Delegados (art. 19.5 EOMF). En cuanto a las primeras, ya hemos mencionado en una nota anterior que se ha producido la unificación de su naturaleza y régimen de organización y funcionamiento (art. 19 EOMF). Pero también se han introducido las siguientes modificaciones:

Nuevas denominaciones: Fiscal Antidroga, Anticorrupción y contra la Delincuencia organizada (art. 19.2 EOMF);

Actualización de la lista de delitos que se enmarcan en su ámbito competencial (art. 19.4 EOMF);

Se amplía el plazo de las diligencias de investigación de los anteriores seis meses a los actuales doce meses (art. 5.2 EOMF), en relación con los delitos del art. 19.4.

Cabría concluir que si resulta poco relevante su cambio de denominación, sí lo es y en gran medida la actualización de los supuestos de su competencia y la ampliación de los plazos en su actividad. Cuestión esta, que fue tachada de «evidente demostración» de una «politización» de la Fiscalía «muy seria y muy grave»¹¹²⁸.

1128. Las palabras pertenecen al Sr. Astarloa Huarte-Mendicoa, vocal del Partido Popular en la Comisión de Justicia del Congreso que afirmaba lo siguiente: «La Fiscalía Anticorrupción es según ustedes, señores de la mayoría, la única cuyo plazo máximo de diligencias de investigación se va ampliar de seis a doce meses... Lo que se propone es una investigación ralentizada, fijada con carácter exclusivo para uno de los órganos del Ministerio Fiscal, que en manos del Sr. CONDE-PUMPIDO, C. se ha revelado como un instrumento de contienda político electoral y son imaginables –y ustedes los saben muy bien– otros delitos mucho más graves, piensen en el terrorismo o en el tráfico de drogas a gran escala que, sin embargo, para ustedes no merecen la consideración que en este momento le dan a la Fiscalía Anticorrupción, por las razones que ustedes tengan». En nuestra opinión, parece olvidarse el diputado que esta ampliación de plazos se produce por la tremenda complejidad técnica y científica o informática que la investigación de los delitos relacionados con los movimientos de capital conlleva y no por la gravedad de los mismos, que nadie ha mencionado. Además el diputado continúa argumentando que: «Lo cierto es que la prolongación en el tiempo más allá de lo indispensable de la investigación de la Fiscalía Anticorrupción, supone una importante e incontrolada merma de los derechos del ciudadano investigado en los términos en los que en la actualidad se desarrolla. Tengo que añadir que dan un salto cualitativo, incluyendo ahora en el artículo 4.5 la obligación de los particulares de atender y comparecer ante la fiscalía. Eso es lo que ustedes están diseñando. Alguno podría pensar que están trabajando para prejuzgar allí a donde quieren llegar, que es que finalmente se conceda la instrucción al Ministerio Fiscal. Pero lo cierto y verdad es que en este proyecto de ley no ha habido siquiera el coraje de trabajar en esa dirección, igualmente comprometida, y nos encontramos en la peor de las situaciones imagi-

A la cabeza de las Fiscalías Especiales se sitúan los Fiscales de Sala (categoría primera, art. 35), cuyas fiscalías constarán además de un Teniente Fiscal y los fiscales, pertenecientes a la 2ª categoría, que se determinen en plantilla (art. 18.1 EOMF).

En cuanto a los Fiscales Delegados¹¹²⁹, se robustece el modelo de organización desconcentrada clarificando su régimen. Como ya hemos señalado, su Decreto de nombramiento deberá especificar el grado de dedicación –exclusiva o compartida entre los asuntos de la Fiscalía Especial y los de la territorial– (art. 19.5 párr. 2). Y en todo caso, quedará sometido a su correspondiente Fiscal Jefe, en cada uno de los ámbitos específicos de su competencia, informando siempre al Fiscal Jefe territorial de sus actuaciones. Todo ello, sin perjuicio de las instrucciones que, con carácter general, pueda además impartir el Fiscal General.

nables. En la práctica se avanza hacia la instrucción, el incremento de la investigación por la fiscalía sin incorporar ni una sola de las garantías que durante ese tiempo deben tener los ciudadanos, entre otras cosas porque ni siquiera aparece aquí la figura del juez protector de los derechos fundamentales del ciudadano». Cabe recordar aquí lo que señalaba CRESPO BARQUERO sobre las sospechas referidas a la Fiscalía Anticorrupción y sobre la instrucción encomendada a esta Fiscalía. Desde luego son visiones contrapuestas. En todo caso, desconocemos a que tipo de garantías se refiere el diputado por cuanto no son necesarias por el momento, dado que la figura del Juez de Instrucción permanece intacta. Aún a riesgo de hacer excesivamente larga la cita, no nos resistimos a continuar con las propias palabras del diputado por cuanto critica todos los elementos nuevos introducidos por la ley y sus palabras son el preludio de las críticas posteriores de esta formación política (partido mayoritario en la oposición al gobierno) y, por cierto, constantes durante toda la tramitación de la ley: «He hablado también de progresiva burocratización, porque efectivamente es el modelo de organización del actual Fiscal General del Estado que ha venido implantando la presente legislatura por la vía de las instrucciones y de las circulares. Este es el caso de la regulación de las secciones especializadas en las fiscalías, las fiscalías especiales o las fiscalías de sala delegadas. Esta nueva estructura está suponiendo la introducción de auténticas cuñas a modo de estructuras verticales en una organización como el Ministerio Fiscal, tradicionalmente concebida de manera horizontal o territorial. Además, se trata de una estructura organizativa de aplicación imperativa, cuando en todo caso debería ser potestativa. Estamos una vez más ante la consagración de la concepción personalista del señor CONDE-PUMPIDO, sin tener en cuenta que otros gobiernos, otros parlamentos, otros fiscales generales del Estado pueden tener concepciones organizativas distintas a las que él ha expresado, que sin afectar a su configuración legal y constitucional puedan adaptarse a las exigencias de una sociedad cada vez más cambiante». También, y las hemos señalado en un epígrafe anterior, han sido objeto de crítica por los mismos motivos las Instrucciones 1/2008 *sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la policía judicial* y 2/2009 *sobre las funciones del fiscal en la fase de instrucción*.

1129. Establece el art. 19.5: «Cuando el número de procedimientos así lo aconseje, el Fiscal General del Estado podrá designar en cualquier Fiscalía uno o varios Fiscales Delegados de las Fiscalías Especiales, que se integrarán en éstas. Dicha designación se hará oído el Consejo Fiscal, previo informe de los Fiscales Jefes de la Fiscalía Especial y la Fiscalía Territorial correspondiente, entre los fiscales de la plantilla de esta última que lo soliciten, acreditando su especialización en la materia en los términos que reglamentariamente se establezcan...».

Por último, la reciente creación de las Secciones especializadas ha supuesto la introducción del principio de especialización en lo más profundo de su organización, pues estas Secciones pertenecen al nivel de las Fiscalías de las CC AA y a las Fiscalías provinciales, en cuanto a la organización territorial se refiere. Reguladas en el art. 18.3, párr. 2 y ss. EOMF¹¹³⁰, en realidad, se trata de una respuesta legal a una solución organizativa –y racional– muy extendida de facto en muchas Fiscalías. Hasta ahora se habían creado únicamente las Secciones de Menores y de Violencia sobre la Mujer. Existe una pretensión clara por aclarar y homogenizar el modelo. Estas Secciones pueden ser unipersonales.

Es importante hacer notar cómo se ha creado un esqueleto organizativo en el cual los fiscales especialistas podrán coordinarse verticalmente y unifi-

1130. Art. 18.3, párr. 2: «Estas Fiscalías podrán contar con Secciones especializadas en aquellas materias que se determinen legal o reglamentariamente, o que por su singularidad o por el volumen de actuaciones que generen requieran de una organización específica. Dichas Secciones podrán constituirse, si se estima necesario para su correcto funcionamiento según el tamaño de las mismas, bajo la dirección de un Fiscal Decano, y a ellas serán adscritos uno o más fiscales pertenecientes a la plantilla de la Fiscalía, teniendo preferencia aquellos que por razón de las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o por cualquier otra circunstancia análoga, se hayan especializado en la materia. No obstante, cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen podrán actuar también en otros ámbitos o materias. Las Secciones ejercerán las funciones que les atribuyan los respectivos Fiscales Jefes, en el ámbito de la materia que les corresponda, con arreglo a lo dispuesto en este Estatuto, en el reglamento que lo desarrolle y en las Instrucciones del Fiscal General del Estado. Además, en estas Secciones se integrarán los Fiscales Delegados de las Fiscalías Especiales cuando proceda conforme a lo dispuesto en el artículo diecinueve de esta Ley. Las instrucciones que se den a las Secciones especializadas en las distintas Fiscalías, cuando afecten a un ámbito territorial determinado, deberán comunicarse al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma correspondiente. En todo caso, en la Fiscalía de la Audiencia Nacional y en las Fiscalías Provinciales existirá una Sección de Menores a la que se encomendarán las funciones y facultades que al Ministerio Fiscal atribuye la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Estas Secciones podrán constituirse en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas cuando sus competencias, el volumen de trabajo o la mejor organización y prestación del servicio así lo aconsejen. Asimismo, en las Fiscalías Provinciales existirá una Sección contra la Violencia sobre la Mujer, que coordinará o en su caso asumirá directamente la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos penales y civiles cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En la Sección contra la Violencia sobre la Mujer deberá llevarse un registro de los procedimientos que se sigan relacionados con estos hechos que permitirá la consulta de los fiscales cuando conozcan de un procedimiento de los que tienen atribuida la competencia, al efecto en cada caso procedente. Estas Secciones podrán constituirse en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas cuando sus competencias, el volumen de trabajo o la mejor organización y prestación del servicio así lo aconsejen. En las Fiscalías Provinciales, cuando por el volumen de actuaciones que generen requieran de una organización específica podrán constituirse Secciones de seguridad vial y siniestralidad laboral. También existirá una Sección de Medio Ambiente especializada en delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos, y los incendios forestales. Estas Secciones podrán constituirse en las Fiscalías de las Comunidades Autónomas cuando sus competencias, el volumen de trabajo o la mejor organización y prestación del servicio así lo aconsejen».

car criterios desde la posición del Fiscal de Sala Delegado que, en el ámbito estricto de su competencia, podrá dar instrucciones, si bien jerárquicamente se encuentran subordinados a su respectivo Fiscal Jefe (art. 19.5 párr. 2 EOMF). Las Secciones Especializadas dependerán de un Fiscal Decano, nombrado por el FG a propuesta del Fiscal Jefe (siguiendo el modelo de la L. 14/2003). Se prevén entre otras, la Sección de Menores (obligatoria), Violencia sobre la Mujer, en su caso, Seguridad Vial y Siniestralidad laboral. También Medio Ambiente. Además, racionalizando el personal, siempre que el ámbito de actuación coincida total o parcialmente con la materia de la que es competente el Fiscal Delegado de la Fiscalía Especial, éste se integrará en la Sección especializada de delitos análogos de la Fiscalía Provincial (art. 19.5 EOMF), con el fin de evitar la dispersión de esfuerzos entre la Fiscalía Especial y los Fiscales Territoriales. No existiendo además ningún problema en que las funciones de Fiscal Delegado y Fiscal Decano puedan confluir en una misma persona¹¹³¹.

3. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

Se han perseguido dos objetivos fundamentales en la nueva organización territorial del MF: la adecuación al Estado de las Autonomías y un despliegue territorial más eficiente. Si se ha logrado o no, el tiempo lo dirá. A nuestro juicio, en todo caso, queremos volver a insistir en una cuestión: los principios constitucionales de jerarquía y unidad se han mantenido intactos. Si bien es verdad que se ha producido cierta desconcentración de poder, las estructuras jerárquicas son explícitas y en muchos casos se han reforzado. Quizá también sea cierto que el diseño o estructura interna se haya vuelto un poco más complejo, pero no por ello es más farragoso. Al contrario, aunque hayan proliferado nuevas figuras, consideramos que la estructura orgánica del MF es más fácilmente reconocible y está nítidamente explicitada.

Además, el principio de «*Unidad*» no tiene porque verse resentido por esta desconcentración de poder. Al contrario. Como nos muestra muy bien el modelo holandés, cierta desconcentración en ocasiones, es lo que posibilita precisamente la unidad de criterios al interno de los distintos centros y ámbitos territoriales. Es decir, una «*Unidad*» global o general bien puede partir del logro de una unidad de criterios en los distintos territorios y órganos que además, tendrán sus necesidades específicas. Y partir de ahí, desde una estructura central como es el Fiscal General y el Consejo Fiscal, elaborar una unidad de criterios general.

En definitiva, el MF español sigue siendo único para todo el Estado; y

1131. Exposición de Motivos Ley 24/2007.

por cierto, nada baladí es la unidad de criterios transversal que se introduce en MF desde sus más altas categorías hasta las inferiores y, desde el ámbito nacional hasta el provincial, a través del principio de especialización que acabamos de subrayar¹¹³².

El primer objetivo, la adecuación al Estado de las Autonomías, tiene en el art. 11.3 uno de las primeras disposiciones que muestran claramente esta orientación en materia de justicia:

*«Los miembros del MF colaborarán con las CC AA que ostenten competencias en materias de Justicia para la efectividad de las funciones que estas ostentan en materia de medios materiales y personales al servicio de la Administración de Justicia y participarán en los órganos de colaboración que en el ámbito territorial de éstas se constituyan entre los distintos operadores e instancias implicados en la Admón. de Justicia con el fin de analizar, debatir y realizar estudios sobre materias relacionadas con la Admón. de Justicia. Se podrán celebrar convenios con las CC AA previa autorización del FG.»*¹¹³³

1132. Por eso no podemos estar de acuerdo con las siguientes afirmaciones: «El cuarto punto, como es evidente, en el que no insistiré, es que ustedes han hecho una cesión masiva a los partidos nacionalistas para sacar adelante esta ley. Ya en el Congreso, y no únicamente en el Senado por su sensibilidad autonómica, en el Congreso, 22 de las 30 enmiendas eran para incrementar las capacidades de los fiscales autonómicos y su dependencia de los organismos políticos autonómicos, así como 8 de las 11, que acaban de aprobar en el Senado. Tengo que felicitar a los partidos nacionalistas, lo hice su momento y lo vuelvo hacer hoy en este trámite. Han conseguido la mayoría de los objetivos que pretendían con tal de que usted se diese el gustazo de sacar adelante esta ley y vamos a diecisiete fiscalías, a diecisiete políticas criminales y a la subordinación de las fiscalías a los poderes políticos autonómicos, por obra y gracia de que ustedes quieran sacar adelante esto que consideran tan importante. Esta ley es sencillamente un bodrio, señor Ministro, que trae una intensa politización al Ministerio Fiscal, que establece el control político de toda la fiscalía por el Gobierno a través del Fiscal General del Estado, que es un paso más para acabar con la unidad de la justicia de todos los que se han dado en esta legislatura y que abre un futuro desdichado para la institución, en un escenario de máximo desencuentro político, en relación con el cual ya anuncio que cuando nosotros tengamos la responsabilidad revisaremos de arriba abajo la ley que ustedes hoy están aprobando». Comisión de Justicia, Congreso de los Diputados, Sesión del 20-09-07, votación enmiendas del Senado y aprobación definitiva. Las palabras citadas pertenecen al Sr. Astarloa, diputado del Partido Popular.

1133. Artículo que sí se ha puesto en marcha, tal y como reconocía el Fiscal General en la comparecencia antes mencionada. Y que, por cierto, supone toda una novedad en el seno del MF y es sin duda fruto de su recién adquirida «personalidad jurídica propia» y, por supuesto, de su nueva organización de acuerdo con el Estado autonómico: Como señaló el FG: «Por otra parte, debo decirle que el artículo 96 del Estatuto de Autonomía de Cataluña se ha puesto en marcha, porque hemos acordado un convenio ya entre la fiscalía superior de Cataluña y la consejería de Justicia. Usted sabe que en el estatuto del Ministerio Fiscal se establece que ese convenio debe ser autorizado por el Fiscal General del Estado y precisamente esta misma semana he firmado la autorización de ese convenio». *op. cit.*, pg. 32. El artículo 96 del Estatut de Catalunya se limita a repetir lo establecido en el artículo 11 del EOMF, estableciendo que «Las funciones del Fiscal o la Fiscal Superior de Cataluña son las que establece el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. La Generalitat podrá celebrar convenios con el Ministerio Fiscal» (art. 96.4 Estatut de Catalunya).

Desde luego puede afirmarse que se han creado verdaderas estructuras orgánicas comunitarias en el seno del MF. Estructuras que si bien establecen una relación horizontal entre ellas –como no podía ser de otra manera– continúan manteniendo una relación jerárquica con la Fiscalía General del Estado, que no ha variado un ápice con respecto a la relación que guardaban las anteriores y derogadas Fiscalías de los TSJ o de las Audiencias Provinciales. Sin embargo, el principio de jerarquía y unidad se han reforzado en su estructura interna dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma¹¹³⁴.

Las Fiscalías de las Comunidades Autónomas desde luego han ganado en autonomía, pero no lo han hecho frente a sus superiores jerárquicos, sino que lo han hecho frente al Poder Judicial y demás órganos del Estado, dotando de una mayor autonomía al conjunto del Ministerio Fiscal y reconociendo mejor a la institución: como un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales han dejado de ser Fiscalías que *«existirán» «en la Audiencia Nacional, en los Tribunales de Superiores de Justicia y en cada Audiencia Provincial»* (ex art. 18 EOMF). Ahora la Fiscalía de la Audiencia Nacional tendrá su sede en Madrid *«y extenderá sus funciones a todo el territorio nacional»* (art. 21.1 EOMF); las nuevas Fiscalías de las CC AA tendrán su sede donde resida el TSJ y ejercerán sus funciones en el ámbito competencial del mismo (art. 21.2 EOMF); las nuevas Fiscalías Provinciales tendrán su sede donde la tenga la Audiencia Provincial y extenderán sus funciones a todos los órganos judiciales de la provincia (art. 21.3 EOMF).

Siendo cambios aparentemente pequeños, creemos que un cambio de denominación sumado a una configuración de los órganos de manera propia, son cuestiones que denotan un alejamiento de las antiguas adscripciones o existencias condicionadas a los tribunales de justicia, dotando a las Fiscalías –ahora sí– de una entidad y ámbitos propios no condicionados, aunque evidentemente sí relacionados con la jurisdicción. Todo ello va en la línea de todos los cambios que, como hemos venido analizando, ha producido esta ley.

Las nuevas Fiscalías de las CC AA reflejan una estructura análoga a la Fiscalía General del Estado. Dirigidas por un Fiscal Jefe equiparado al Presidente del TSJ, el nuevo Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, que supone la desaparición de los Fiscales Jefes de los TSJ, asume la máxima representación y la dirección efectiva del MP en dicho territorio (art. 22.4

1134. Por eso, simplemente no es verdad que se haya flexibilizado el principio de jerarquía o de unidad, ni que existan 17 fiscalías independientes.

EOMF) y las competencias de los arts. 21, 25 y 26 del EOMF –en líneas generales, todas aquellas que posee el superior jerárquico de una estructura unitaria como son los órganos del MF y el MF mismo–. Las más importantes son, sin duda, la propuesta de nombramientos y la impartición de instrucciones. Asumen a su vez la competencia inspectora ordinaria (art. 13.2 EOMF). Del mismo modo que debe hacer el Fiscal General, deberán remitir una copia de su Memoria Anual –presentada al FG– a la Asamblea Legislativa, al Gobierno y al Consejo de Justicia de la Comunidad Autónoma –allí donde lo hubiere– estableciéndose además una relación de colaboración análoga a la que se especifica para el FG y las Cortes Generales en el art. 10 (art. 11.2 EOMF). Además, se establece expresamente la relación jerárquica –variando la situación anterior– entre el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y los Fiscales Jefes provinciales¹¹³⁵, a los que integra en la nueva Junta de Fiscales Jefes de Comunidad Autónoma (art. 22.7 EOMF), y a los que preside en esta misma Junta (Junta de Fiscales Jefes dentro de su territorio) que se crea en el nuevo EOMF (art. 22.4 EOMF). Puede proponer al FG –oído los Fiscales Jefes Provinciales– la creación de Fiscalías de Área y Secciones Territoriales (art. 18.4, párr. 3 EOMF). En definitiva, los Fiscales Superiores asumen dentro de su ámbito territorial y respecto a sus fiscales una relación y unas capacidades en todo análogas a las que asume el FG para todo el territorio nacional (art. 25, párr. 3). De hecho, tienen la capacidad de proponer al FG la remoción de los Fiscales Jefes de su ámbito territorial, igual que el FG la tiene para proponer al Gobierno la remoción de los fiscales del territorio nacional (art. 41.5 EOMF¹¹³⁶). El nombramiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma también es análogo al del FG, pues deberá el Consejo de Justicia emitir un informe sobre el mismo, y éste deberá comparecer ante la Asamblea Legislativa si así lo prevé el Estatuto correspondiente (art. 36.1 EOMF).

También el art. 18.3 párr. 1, que establece la creación de una Unidad

1135. La ley anterior guardaba absoluto silencio sobre la relación entre el Fiscal Jefe del TSJ y el Fiscal Jefe provincial.

1136. Competencia no prevista en el Proyecto del Gobierno y que fue fruto de las enmiendas de los Partidos Nacionalistas, CiU y PNV fundamentalmente, que en un gran número de las enmiendas presentadas, pretendían el aumento de las competencias del FS de la CA. Y, por supuesto, la relación de los órganos de la Comunidad con el mismo. Entre otras, defendió el Sr. Badia i Cancho de CiU en el Senado, la participación del Consejo Fiscal autonómico en el nombramiento del FS; la remisión de la memoria anual a la Asamblea y al Consejo; los convenios entre el MF y las CC AA; la participación del FS en los nombramientos de las Fiscalías de su ámbito territorial, o la creación de una Unidad de Apoyo análoga a la que dispone la Fiscalía General dentro de la Fiscalía Superior de la CA. Pleno Senado, Sesión 12-septiembre-1997, Diario de sesiones núm. 129, pg. 8063. *www.congreso.es*.

de Apoyo para el Fiscal Superior y los mencionados cauces de relación con el Gobierno de la Comunidad Autónoma, muestran un claro paralelismo entre la Fiscalía General del Estado y las Fiscalías Superiores de las CC AA.¹¹³⁷

En cuanto al segundo de los objetivos, referido al establecimiento de un despliegue territorial más eficiente, nos gustaría en primer lugar destacar la existencia de nuevos órganos colegiados en las distintas estructuras territoriales, que sin duda buscan lograr a través de un mecanismo de coordinación horizontal, a su vez, a través de órganos que se comportan como un vértice colegiado dentro de esa misma estructura, una mayor unidad de criterios en el seno del MF.

Así, la Junta de Fiscales Superiores de las CC AA, presidida por el FG e integrada además de por los propios Fiscales Superiores, por el Teniente Fiscal del TS y el Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica –que actuará como Secretario de la Junta– tendrá como principal función la de *«asegurar la unidad, la coordinación de la actuación y el funcionamiento de las Fiscalías en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Consejo Fiscal por este Estatuto. En atención a los criterios a tratar, podrá ser convocado a la Junta cualquier miembro del MF»* (art. 16 EOMF).

Además, a la ya mencionada Junta de Fiscales Jefes de la Comunidad Autónoma, que puede considerarse una estructura análoga a la anterior, aunque establecida a nivel territorial de la CA, hay que añadir la Junta de Coordinación, formada por todos los Fiscales Jefes de Área, los Fiscales Decanos de la Fiscalía Provincial (Secciones Territoriales), el Teniente Fiscal, y presidida por el Fiscal Provincial (art. 22.10 EOMF). Esta Junta busca la coordinación de criterios dentro del nivel territorial inferior, la provincia.

En segundo lugar, merece la pena volver a destacar más explícitamente el desdoblamiento orgánico que ha supuesto la creación de:

- Fiscalía Superior de la CA [art. 12 k) EOMF], la formada por un Fiscal Jefe, un Teniente Fiscal, Fiscales Decanos y fiscales de plantilla (art. 18.3, párr. 1 EOMF). Creemos que se producirá un previsible aumento de sus competencias por las reformas en marcha. Reformas que pro-

1137. Sin querer entrar en ninguna polémica que en nada compete a este trabajo, sí queremos señalar, por cuanto supone una novedad en el MF y porque objetivamente muestra su efectiva integración territorial, la inclusión del conocimiento de la lengua co-oficial de la Comunidad Autónoma, como mérito «determinante» para la provisión de plazas. También será mérito preferente el conocimiento del derecho propio de la CA (art. 36.6 EOMF). Hay que recordar que se establece como infracción leve la negativa injustificada el uso de una lengua, cuyo conocimiento se ha acreditado como mérito (uso de las lenguas co-oficiales de las CC AA, art. 64.7 EOMF).

vienen de los Estatutos de Autonomía, donde parece que los TSJ acaban asumiendo la cúspide de la organización judicial, residenciándose en el Tribunal Supremo la misión de unificar doctrina.

- Fiscalía provincial [art. 12 l) EOMF], eliminando su denominación de Fiscalía de la Audiencia Provincial y con su respectivo Fiscal Jefe, Teniente Fiscal, Fiscales Decanos y Fiscales de plantilla (art. 18.3, párr. 1 EOMF). Además de los asuntos de la Audiencia, prestará servicio al conjunto de juzgados y tribunales de la provincia.

Y por supuesto, resaltar asimismo la relación jerárquica que se establece entre ambos órganos, inexistente en la situación previa.

Pero el despliegue territorial no acaba aquí. También se ha reforzado y mejorado la estructura infra-provincial con nuevos órganos y una nueva regulación más detallada y coherente que tenderá a eliminar las antiguas e incómodas adscripciones¹¹³⁸.

Se pretende crear una estructura más cercana a los órganos jurisdiccionales no radicados en las capitales de provincia, poniendo por cierto la vista en que, en el futuro, pueda producirse una *«eventual asunción de la dirección de la investigación penal por parte de los fiscales»*¹¹³⁹. Para ello se han creado dos tipos de órganos:

Las Fiscalías de Área [art. 12 m) EOMF]: se establecerán en lugares que, sin ser capital de provincia, presenten aglomeraciones importantes de población. Existirán siempre que las Audiencias provinciales desplacen Secciones judiciales de modo estable (art. 18.4, párr. 1 EOMF). Son órganos diferenciados y autónomos de las Fiscalías Provinciales, con su propio Fiscal Jefe que, por supuesto, estará subordinado al Fiscal Provincial (art. 22.8 EOMF) e integrado en la Junta de Coordinación.

Las Secciones Territoriales (art. 18.4, párr. 2 EOMF): se integran en la Fiscalía Provincial a efectos orgánicos y jerárquicos, y existirán allí donde no se den las condiciones para el establecimiento de una Fiscalía de Área pero que por motivos de lejanía o de algún otro tipo, se requiera la presencia de una fiscalía estable. Las dirigirá un Decano por delegación del Fiscal Superior de la CA y estarán también subordinados al Fiscal Jefe Provincial (art. 22.9 EOMF). Serán nombrados y cesados mediante resolución del FG, a propuesta motivada del Fiscal Jefe respectivo (art. 36.4 EOMF).

1138. O lo que más bien se denominaba en el lenguaje interno «los destacamentos». Lo cierto es que en realidad sí se han mantenido en la regulación. Si antes se regulaban en los arts. 20 y 21 ahora se hace en el art. 21.5 y 21.6 EOMF.

1139. Exposición de motivos Ley 24/2007.

Dentro de este ámbito territorial se encuentran también las Secciones Especializadas, que ya hemos tenido ocasión de analizar en su correspondiente apartado¹¹⁴⁰.

4. LA CARRERA FISCAL

No podíamos finalizar este apartado sin mencionar un par de cuestiones sobre la carrera fiscal que han supuesto una novedad importante dentro de la institución: el principio de temporalidad, y la nueva regulación de los ascensos.

En palabras de la propia ley, se trataría de facilitar la movilidad y el mandato temporal en el desempeño de los cargos, introduciendo el principio de temporalidad para todos aquellos cargos con funciones directivas.

A nuestro juicio, se trata de una medida del todo acorde con las reglas de funcionamiento de una sociedad democrática, según las cuales la renovación periódica en el ejercicio de la responsabilidad pública es esencial para

1140. Tal y como venimos reflejando, nos gustaría señalar que si bien toda esta estructura se aprobó sin demasiados problemas, la crítica del Partido Popular fue constante. En cuanto a la eficiencia territorial, como buen resumen podemos señalar las palabras del Senador Conde Bajén: «Señorías, decía que además, el proyecto de ley abunda en la burocratización de la Fiscalía. Se crean una serie de estructuras verticales más allá de la horizontalidad tradicionalmente buscada desde el punto de vista del territorio y del ámbito de actuación de los tribunales, unas estructuras verticales que permiten al Fiscal General del Estado estar presente en todos y cada uno de los ámbitos de la Fiscalía. Si sumamos nombramientos discrecionales con esta estructura vertical con las secciones especializadas, con las fiscalías especiales, con las fiscalías de sala delegadas, llegamos a la conclusión de que se ha creado una estructura al servicio pura y simplemente de este Fiscal General del Estado, hacia cual comprenderán sus señorías que el Partido Popular no tenga sino la máxima desconfianza habida cuenta de su ejecutoria y trayectoria, sobre todo –que no únicamente– durante estos tres años y medio últimos. Toda esta maraña de estructura, esta multiplicidad de órganos, necesita, como es lógico, otra maraña de juntas de coordinación para intentar solventar las contradicciones que inevitablemente han de surgir con la estructura que se concibe. Por último, señorías, este instrumento legal que hoy examinamos en el Senado abunda en un criterio de federalización de la Fiscalía que el Grupo Popular no puede compartir. Se crean estos fiscales superiores de las comunidades autónomas simplemente cambiándoles el nombre, que nosotros entendemos que es un error puesto que la actuación de los fiscales está relacionada pura y simplemente con la actuación de los tribunales. El fiscal jefe en el ámbito de una comunidad autónoma es el fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia en esa comunidad autónoma, no es el fiscal superior –como ustedes lo llaman– de la comunidad autónoma, porque la comunidad autónoma no tiene poder judicial propio. Pero, claro, si esto lo ponemos en relación con su pretensión, afortunadamente aún no plasmada en ningún acuerdo parlamentario, de creación de los consejos territoriales de Justicia, es decir de creación de diecisiete poderes judiciales diferentes, también ustedes tendrán que crear diecisiete fiscales generales del Estado, ahora referidos a las comunidades autónomas». Pleno del Senado, *op. cit.*, pg. 8056 www.congreso.es.

el cumplimiento de sus propios fines¹¹⁴¹. Dotando así además a la propia estructura orgánica del MP de estímulos profesionales. Bajo estos criterios funciona también desde hace años el MP holandés. Todos los cargos con responsabilidad directiva o de coordinación propia pasan a ser de naturaleza temporal. Como principio general *«todos los Fiscales Jefes y aquellos que desempeñen un cargo con responsabilidad propia específica, definido por la ley o incluido expresamente en la plantilla serán objeto de renovación quinquenal»*¹¹⁴². A dicha previsión se añaden evidentemente los cargos de libre designación de los órganos de apoyo del FG, vinculados al fiscal que los nombra (art. 36.3 EOMF). La temporalidad del Fiscal de la Inspección –que asume funciones esenciales en materia disciplinaria (art. 13.2 EOMF)– se establece en diez años, en concordancia con la Inspección del CGPJ (art. 36.2 EOMF). Se extiende además este principio a los Tenientes Fiscales –dada su especial responsabilidad y trascendencia al asumir funciones que el Fiscal Jefe no puede abarcar y cuyas se misiones se potencian– cuyo Fiscal Jefe pertenezca a la primera categoría (art. 41.3 EOMF). Si bien la disposición no constaba en el Proyecto del Gobierno, su temporalidad es además coherente con la propia de los Fiscales Jefes Provinciales y de Área, también de cinco de años (art. 41.3 EOMF), pues de otro modo se hubiera sido exonerado de la limitación de mandato temporal a un cargo de mayor importancia.

En cuanto a los ascensos y nombramientos en el ámbito de la CA, la principal novedad es que el nuevo art. 13.1 determina la necesidad de oír al nuevo Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, estableciendo asimismo carácter preceptivo pero no vinculante al informe del Consejo Fiscal, siguiendo la interpretación que, para los nombramientos y ascensos, dictaminó el TS en relación al antiguo art. 13.1 b) del EOMF¹¹⁴³. Por su parte, también se han reforzado algunas condiciones de destino, como los tres años de pertenencia a la categoría primera para el Teniente Fiscal del TS¹¹⁴⁴.

Quizá no esté demás recordar que los destinos y nombramientos de los

1141. Tenemos que señalar que con esta afirmación no estamos queriendo decir que la Fiscalía sea un órgano político, pues no cabe duda de que la renovación es una característica de los órganos políticos. No obstante, en este caso, no estamos hablando del ejercicio propio de MP en el ámbito judicial, sino de funciones de dirección y organización que se producen en el ámbito de toda estructura orgánica. Y en este sentido, el MP no se diferencia de los órganos de naturaleza administrativa.

1142. Exposición de Motivos de la Ley 24/2007.

1143. Y cuya polémica parlamentaria durante la tramitación del EOMF fue más amplia. Nos remitimos a lo ya mencionado en relación con el Fiscal General del Estado.

1144. La provisión de destinos según las categorías está regulada en el art. 35 EOMF. El art. 35.1 señala los destinos a cubrir por los fiscales pertenecientes a la categoría primera, equiparados a los Magistrados de los TSJ y las AP (art. 35.2 EOMF). El ap. 2 señala los destinos de la categoría segunda y el 3 los de la tercera.

de los fiscales pertenecientes a la categoría primera, del Fiscal del TS, los Fiscales Superiores de la CA y los Fiscales Jefes se proveerán por el Gobierno, a propuesta del FG. Y como novedad, de igual modo serán designados los Tenientes Fiscales de las CC AA y los fiscales que integren la plantilla de todos aquellos órganos cuyo Jefe pertenezca a la categoría primera. Además, en caso de que así lo prevea la normativa de la CA y haya establecido un Consejo de Justicia de la CA, este será oído en el nombramiento del Fiscal Superior.

En lo que se refiere al régimen disciplinario, se ha producido una nueva asimilación con los jueces: la sanción de separación de la carrera por la comisión de un delito doloso, puede flexibilizarse por el FG, en los casos menos graves (art. 44.2 EOMF). En general, se sancionan conductas que puedan poner en peligro la imparcialidad, bien por su participación en actos de naturaleza política o por dirigir felicitaciones o censuras a poderes, autoridades o funcionarios públicos usando su condición de fiscal¹¹⁴⁵. Cabe recordar que se cataloga como infracción leve la negativa injustificada al uso de una lengua cuyo conocimiento se ha acreditado como mérito (uso de las lenguas co-oficiales de las CC AA).

Igual que en Italia, también en España existe el «traslado forzoso». La diferencia con la *«incompatibilità ambientale»* italiana, es que basta echar un vistazo a los arts. 39 y 40 EOMF, para darse cuenta de que no existe una laguna legislativa que permita la apreciación de sus causas y su ejecución con discrecionalidad –tal y como ocurre en Italia– sino que es un proceso con sus debidas garantías.

Como falta muy grave, encontramos en el art. 62.2 EOMF aquel supuesto que comentamos como característica esencial del MP y que distingue a los fiscales de los magistrados: *«El incumplimiento de las órdenes particulares y requerimientos personales dirigidos por escrito en la forma establecida en este Estatuto, cuando de aquél se haya derivado perjuicio en el proceso o alteración relevante en el funcionamiento interno de la Fiscalía»*.

Se trata sin duda del supuesto previsto para hacer valer el principio de jerarquía. Ausente en Italia este principio, ya dijimos que, como demuestra el sistema holandés, la introducción de semejante principio y su consecuencia en régimen disciplinar, en nada afecta a que el estatuto personal de magistrados y fiscales pueda estar asimilado.

Por último, destaca como novedad la introducción de tres nuevos su-

1145. Y que sin embargo, en Italia son constantes y fuertemente criticadas por un sector de la doctrina. Si bien, se entiende como parte de ese rol de «contrapoder» que parece jugar por momentos el PJ italiano.

puestos disciplinarios. Dos graves y uno leve. Los dos primeros se refieren a la «*ignorancia inexcusable en cumplimiento de sus deberes*» y la falta de motivación en los informes y dictámenes que precisen conformidad con las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado (arts. 62.15 y 62.16 EOMF respectivamente). El tercero, en línea con la pretensión de su integración territorial, señala como falta leve: «*La desatención o desconsideración con los ciudadanos, instituciones, jueces, y magistrados, ante la petición de intervenir en una lengua cooficial, en el caso en haya acreditado un conocimiento adecuado y suficiente como mérito*» (art. 64.7 EOMF)¹¹⁴⁶.

1146. Artículo que fue fruto de una Enmienda transaccional sobre las Enmiendas 127, 128, 130 y 135 presentadas por Esquerra Republicana de Catalunya.

Conclusiones

1. El Ministerio Público es una autoridad pública. Sin embargo, no es una institución clásica, nacida en los primeros pasos de la creación del Estado nación. Es por el contrario, una institución fruto del Estado moderno y de un largo proceso de racionalización del proceso penal. El MP es una institución a través de la cual el Estado juega un papel fundamental en la asunción del monopolio de la fuerza, y por tanto, en la vigilancia de la paz social y la preservación del interés público. La misión fundamental de esta institución es activar el *ius puniendi* del Estado.

2. En el Estado moderno, las exigencias de toda autoridad pública pasan por el ejercicio de una legitimidad democrática que, en el caso del Ministerio Público, se encuentra fundamentalmente en la Constitución y la Ley. También la promoción del *ius puniendi* debe ejercerse según estrictas garantías democráticas, que se han ido incorporando a los distintos sistemas de organización del poder, hasta culminar en el denominado Estado de Derecho.

3. Dentro de estas exigencias democráticas (principio de legalidad, proceso penal acusatorio, responsabilidad de los poderes públicos), cada Estado ha configurado la institución del Ministerio Público según concepciones representativas y jurídicas distintas y diversas. El Ministerio Público es una institución especialmente deudora de la tradición constitucional. Creemos que esta afirmación se constata bien en los modelos estudiados. En Holanda, el MP se instala en una tradición constitucional que no sufre grandes traumas ni cambios, manteniéndose estable y firme en el tiempo. Ello ha permitido la existencia de un MP que ha conservado siempre una idéntica naturaleza. En Italia y en España, el Ministerio Público es también fruto de una tradición constitucional que, sin embargo, no cabría calificarla como tal si nos atenemos a su longevidad, pudiendo afirmarse no obstante que, desde una óptica histórica y de asentamiento en el tiempo, significa su única tradición democrática. En este sentido, lo que pretendemos afirmar es que tanto el MP italiano como el español son deudores de una concepción constitucional ligada al valioso y significativo momento constituyente del Siglo XX y a la construcción de sus propias democracias.

4. Los sistemas de justicia europeos tienden a la convergencia. No es fácil la convergencia de una institución tan particular como el MP. En líneas generales, el acusador público –que es el MP– ha discurrido entre dos ejes fundamentales. El primero de ellos, en lo relativo al binomio que relaciona su dependencia/independencia con el poder político. El segundo, respecto a su misión fundamental y a los principios bajo los que se practica. Así, la acción penal puede ejercerse bajo el principio de obligatoriedad/discrecionalidad.

5. Holanda se situaría en un extremo de ambos ejes, con un MP que podríamos calificar de dependiente y discrecional. En el otro extremo, se situaría el MP italiano, ubicado en el binomio de obligatoriedad e independencia. El MP español se situaría en una posición intermedia con un MP autónomo. No obstante, conviene recordar que para entender las razones que motivan y fundamentan a los MP modernos es asimismo fundamental tratar de profundizar e integrar su tradición jurídica dado que, desde dicha comprensión, cabe encontrar determinadas claves que explican y justifican la configuración de una institución tan compleja y con una misión tan particular y relevante como la que acompaña al MP.

6. La tradición jurídica holandesa es una tradición constitucional fuertemente basada en el derecho administrativo, cuyas categorías jurídicas parecen impregnar todo el sistema político. Ello es debido a una larga tradición democrática y a un fuerte apego social a las instituciones. El modo de construir el principio de legalidad es una buena muestra de ello. Un ejemplo claro de un uso muy particular del principio de legalidad es la introducción del principio de expectativas legítimas en el proceso administrativo y penal. Principio que parece matizar la literalidad de la legalidad misma e influye por ejemplo, en la actividad de la Administración y del MP a través del instrumento jurídico de las «*Guide Lines*». Un instrumento que contiene normas de marcado carácter administrativo, y que asimismo recoge líneas de política criminal a seguir, en base a criterios de oportunidad o a principios como el de expectativas legítimas, entre otras cuestiones. Además estas directrices forman parte del espacio y de los criterios normativos que ha de tomar en cuenta el MP en su actividad cotidiana.

7. La tradición italiana y española, tras los períodos traumáticos y convulsos de guerras y dictaduras, han asumido sistemas fuertemente normativos. Asumen un rígido principio legalidad en sentido formal y material. Al menos, en términos comparativos con Holanda. Desde este punto de vista, toda la política criminal diseñada en ambos sistemas, y más aún si afecta a la actividad del MP, debe comenzar sobre una base legislativa sólida y dispuesta para tal efecto.

8. El peso y la importancia de la tradición jurídica en cada uno de los sistemas comparados también influye y se evidencia en la configuración de la Administración de Justicia. La construcción holandesa responde a una concepción ciertamente política de la Justicia, muy al modo británico, con estructuras de independencia débil e inexistencia de tres poderes estatales bien diferenciados. No existe semejante distinción de manera expresa en la Constitución holandesa. Sólo muy recientemente se han introducido órganos de autogobierno tanto en el seno de la Magistratura «*Raad voor de Rechtspraak*», como en el Ministerio Público «*College van Procurators-General*». No obstante, la búsqueda de independencia a través de estos órganos, está más bien dirigida hacia una independencia administrativa que posibilite el ejercicio de una responsabilidad pública de resultados, que hacía una autonomía funcional que permita el ejercicio de sus funciones sin intromisión del poder político. En realidad, esta autonomía funcional nunca se puso en entredicho.

Todo lo contrario sucede en Italia y España.

La separación del poder judicial del resto de poderes es especialmente rígida en Italia. Característico es su «*Consiglio Superiore della Magistratura*» (CSM), dotado de enormes competencias y amplias atribuciones. Se percibe además de forma clara que, con el paso del tiempo, y debido fundamentalmente a la pasividad e inoperancia del legislador italiano y a las interpretaciones que del propio texto constitucional ha venido realizando la «*Corte Costituzionale*», dicho órgano ha ido incrementando sus competencias, atribuyéndose en ocasiones distintas facultades o poderes. Un ejemplo claro vendría a ser la laguna existente en el ordenamiento italiano acerca de la responsabilidad disciplinaria de fiscales y Magistrados. El CSM ha ido dando contenido a unos preceptos tan amplios que puede afirmarse que goza de poderes no sólo de decisión sobre los expedientes disciplinarios, sino además sobre el alcance y la determinación del contenido mismo de la norma. Este órgano de gobierno tiene además un carácter fuertemente corporativo, lo que le ha situado, al menos a juicio de determinada doctrina, como un «contra-poder» enfrentado al poder político. El CSM es además el órgano del gobierno del MP italiano. Tanto magistrados como fiscales son miembros del «*Ordine Giudiziario*» y en líneas generales –aunque en esta cuestión gran parte de la doctrina se oponga a ello– ambos gozan de las mismas garantías.

A nuestro juicio, la definición constitucional más precisa del Poder Judicial es la española. No en vano, la configuración de un poder judicial unitario es exclusiva de España. El Poder Judicial español, cuyo órgano de gobierno es el Consejo General del Poder Judicial, está integrado única y exclusivamente por jueces y magistrados encargados de juzgar y hacer ejecutar lo

juzgado. El Ministerio Público español ni pertenece al poder judicial, ni su órgano de gobierno es el Consejo General del Poder Judicial. Una conclusión fundamental a nivel comparado es que la Constitución española es por tanto la única que configura al Ministerio Público como un verdadero órgano de «relevancia constitucional». El Ministerio Público español es el único órgano reconocible, autónomo y definido en sus características y principios esenciales por la Constitución. Es el único que goza de verdaderas garantías constitucionales.

9. La configuración del Ministerio Público holandés, integrado en una Administración de Justicia miscelánea, responde a su misma tradición. Situado muy próximo al Gobierno, tiene una gran capacidad de actuación discrecional y es un elemento fundamental en la política criminal del Estado. El MP holandés es un verdadero acusador público. Su naturaleza responde a lo que se ha dado en llamar naturaleza dual. Ello responde a dos características esenciales:

- a) Por un lado, el MP holandés pertenece a la Administración de Justicia, el estatuto personal de sus miembros está asimilado al de la magistratura. Los fiscales no son funcionarios del Ministerio de Justicia en ningún sentido, sino que integran la Administración de Justicia, gobernada por el «*Raad voor de Rechtspraak*» y por el «*College van Procureurs-Generaal*».
- b) Por otra parte, ello no quiere decir que el Ministro de Justicia y el Ministerio Fiscal no tengan relación ninguna. De hecho, el Ministro participa en el ámbito orgánico del Ministerio Público, a través de ciertas facultades de nombramiento, y en el ámbito funcional, con importantes capacidades de decisión que afectan a la actividad del MP. Quizá la conclusión más importante sea señalar la interesante distinción que realiza la doctrina y el legislador holandés al singularizar perfectamente la independencia de estatus de sus fiscales, su autonomía orgánica y su autonomía funcional, aplicando un tratamiento normativo diferenciado. Y distinguiendo siempre entre lo que supone un ejercicio de responsabilidad pública y lo que supone la responsabilidad política.

10. En Italia, que cuenta con un Ministerio Público asimilado a la magistratura, parece confundirse a menudo su función de activar el *ius puniendi* del Estado con la propia función jurisdiccional. La función jurisdiccional es una función de naturaleza pasiva o reactiva, mientras que el ejercicio de la acción penal requiere una actitud proactiva. El principio de obligatoriedad del art. 112 de la Constitución Italiana ha sido interpretado de manera simi-

lar al tradicional principio de exclusiva sujeción a las leyes que corresponde a los jueces. En el caso italiano, reconocido en el art. 101 CI. Ello deriva en la existencia de un MP independiente con ciertos problemas de «personalización» y muchas dificultades de participación en una verdadera política criminal. Su misión, única prácticamente, es la de acusador público, aplicador estricto de la legalidad. No obstante, la doctrina italiana se afana por flexibilizar la aplicación de este principio. Muy al modo holandés, aunque sin que exista una referencia explícita a la recepción de esta doctrina, se ha pretendido promover una distinción entre la independencia de estatus y el reconocimiento de una autonomía funcional y orgánica que no suponga una independencia total del poder político, y más aún, que no suponga una independencia interna de los propios fiscales; de donde deriva el problema de la «personalización» de la Fiscalía italiana. Para estos autores, se puede concluir sin duda que los fiscales italianos poseen una independencia de estatus personal, que se encuentra garantizada a través de la extensión de las garantías personales de la Magistratura al MP. No obstante, caben diversas posibilidades de interpretación constitucional, fundamentalmente a través del art. 107 CI, que permitirían establecer un régimen orgánico para el conjunto del MP distinto de la magistratura. Además, puede flexibilizarse el art. 112 siempre que exista un valor constitucional de igual importancia que sea oponible a la obligación que establece.

11. El Ministerio Público español, igual que sucede con el Poder Judicial, es el que, comparativamente con el resto de modelos estudiados, viene definido con mayor precisión en la Constitución. Está dotado de órganos y configurado bajo principios propios establecidos en la CE. Es, además, un órgano de relevancia constitucional, cuya naturaleza es exclusiva y particular. Su mayor problema se conecta con la conjugación de sus múltiples funciones, algunas de ellas aparentemente contradictorias. No obstante, precisamente su autonomía –no la independencia– le permite ser un acusador público y un defensor de los derechos de los ciudadanos.

Dos discusiones fundamentales han sobrevolado la existencia del MP español desde la Constitución española de 1978:

- a) El debate acerca de su naturaleza, afirmándose tanto que pertenece al poder judicial, como que se encuentra en la esfera del ejecutivo, o bien que, finalmente, es un órgano autónomo del Estado.
- b) Las cuestiones relacionadas con el significado de sus misiones, en especial su cometido de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley (art. 124 CE).

En cuanto al primer punto, cabe subrayar que la nueva regulación del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal parece reforzar la concepción de un órgano autónomo, al otorgarle relevancia constitucional y personalidad jurídica propia. Además, partiendo de los debates constitucionales y del repaso de las concepciones más modernas sobre el MP y de su regulación constitucional, se observa que el MP español sin duda ha evolucionado hacia una mayor autonomía funcional y orgánica, pero que en ningún caso se pretendió ni se persigue aislarlo del poder político.

En cuanto a la segunda controversia, se puede concluir que efectivamente el fiscal español es algo más que un acusador público, es precisamente un órgano fundamental para la consecución del interés público y así debe guiar su acción mientras aplica la legalidad. Una importante conclusión nos parece que reside en que la aportación constitucional más notable sobre el Ministerio Fiscal procede de la vinculación del principio de legalidad al cumplimiento y efectividad de los valores superiores del ordenamiento jurídico. De este modo el MF supera el estrecho campo de la defensa del orden público y el *status quo* para convertirse también, a través de su –tan criticado– estatuto funcional establecido en el art. 124 CE, en órgano de defensa y promoción de los valores superiores a través de la aplicación del derecho. Si Holanda se sitúa en el extremo más favorable a esta opinión construyendo el concepto de *law in action*; Italia, se sitúa en el otro extremo con la obligación penal como principio continente de la sujeción exclusiva a la ley y su aplicación imparcial y automática, a través del cual se extraen exclusivamente los valores del ordenamiento. El Ministerio Fiscal español se sitúa en un punto medio. De gran virtud añadiríamos. Como hemos visto y concluiremos además, su posición institucional en relación a su vinculación con el poder político le sitúa también en un punto medio entre Holanda e Italia.

12. La cuestión más problemática de la acción del Ministerio Público se refiere a la relación del principio de legalidad con el interés público. Las concepciones normativas como la española o la italiana otorgan un gran peso al principio de legalidad. Las concepciones más utilitaristas como la holandesa, con una teoría de justicia de resolución de conflictos, priman mucho más la consecución del interés público. El Ministerio Público, en el ejercicio de activar el *ius puniendi*, se mueve siempre en una fina línea de decisiones que oscila entre otorgar más importancia a la preservación de la legalidad, o tender más bien hacia la promoción y consecución del interés público y a la satisfacción del interés social. En función de su naturaleza y posición en el conjunto del sistema político, la institución podrá inclinar la balanza hacia una opción u otra.

Tras haber realizado un examen de la actividad del MP en su función fundamental de acusador público, la conclusión se muestra con bastante nitidez.

13. En Holanda existe un amplio espacio para la introducción de consideraciones de interés público entre la legalidad y la acción del MP. Las «*Guide Lines*», normas emanadas del «*College van Procurators-General*» en colaboración con el Ministro de Justicia y que deben «guiar» la actividad diaria de los fiscales holandeses, son la mejor prueba de ello. Y por supuesto, también lo es su acción penal discrecional, a la que puede renunciar precisamente en consideración al interés público (art. 167 RO).

14. En Italia por el contrario, no parece existir ningún espacio posible de intervención en consideración al interés público entre la legalidad y la acción del MP. Toda intromisión entre ambos, legalidad vs Ministerio Público, parece considerarse una vulneración de su independencia. Incluso, toda intromisión entre el fiscal y la legalidad, habiéndose eliminado la jerarquía y no esperando por tanto, una respuesta unitaria de la institución, sino una aplicación objetiva de la legalidad por cada fiscal. Gran parte de esta teoría se basa en una interpretación restrictiva del art. 112 CI.

15. En España, quizá en este caso en la virtud del punto medio entre Holanda e Italia –como en tantas otras cuestiones que hemos tenido ocasión de constatar en este estudio– ese espacio parece existir desde que la misma Constitución encomienda al MP la defensa de la legalidad, pero también del interés público. No parece haber polémica al entender que, desde luego, ese interés público debe tener su origen en la propia legalidad, pues ningún otro interés es susceptible de la defensa del MP. Ahora bien, el problema reside en establecer quién es el órgano encargado de definir ese interés público emanado de la legalidad, y cómo ha de hacerlo, en los casos conflictivos. Problema sobre el que aún no existe un acuerdo claro, pero que en todo caso debe resolverse respetando la autonomía del MP español.

16. En relación con lo anterior y como se expone en la primera parte de este trabajo, existe una diferencia nítida entre el proceso penal acusatorio holandés e italiano y el proceso penal acusatorio formal español. El papel del Ministerio Público varía sustancialmente. La concepción del proceso penal, la función acusatoria y la función jurisdiccional se encuentran estrechamente ligadas. El Ministerio Público es un fiel reflejo de ello. En nuestra opinión, el Ministerio Público español se encuentra en una buena posición para asumir la investigación oficial de los delitos. El Ministerio Público español tiene naturaleza constitucional propia para el ejercicio de sus misiones.

Su principal rasgo es su autonomía funcional. Además su fuerte unidad permite afirmar que su actividad se realiza con «imparcialidad colectivamente reflexionada».

Estrechamente ligado a lo anterior, procede también señalar que la relación del MP con el Ejecutivo deriva precisamente, en gran medida, de la concepción del interés público que predomina en cada sistema, y de cómo este concepto se haya introducido en el ámbito normativo.

17. Las relaciones del Ministerio Público holandés con el Gobierno son muy estrechas y se producen fundamentalmente a través de dos órganos: el Consejo de Fiscales Generales y el Ministerio de Justicia. El instrumento jurídico fundamental de su relación y de su actividad son las «*Guide Lines*». No obstante, existe una dependencia jerárquica funcional del MP, en tanto en cuanto la ley holandesa habilita al Ministro de Justicia para dictar órdenes en casos concretos.

18. Siendo el Ministro de Justicia italiano el único con competencias constitucionales, la labor de gobierno de la magistratura por parte del CSM ha alejado al Ejecutivo del Ministerio Público. La inestabilidad parlamentaria italiana y la mala salud de la clase política italiana han contribuido a crear una imagen de la Magistratura como un «contrapoder». Los poderes que le restan al Ministro son superfluos, y no parece que hayan sido respaldados con el desarrollo legislativo necesario. No le resulta posible al Ministro ejercer ningún tipo de control sobre el MP cualquiera que sea su índole. A pesar de que dicho representante del Ejecutivo tenga atribuida la iniciativa de la acción disciplinar contra jueces y fiscales (art. 107 CI).

19. Confusa e indefinida ha sido siempre la relación entre el Ministerio Público español y el Gobierno. El Fiscal General, nombrado por el Gobierno, tiene una naturaleza muy discutida por la doctrina, tal y como hemos podido constatar con motivo de este trabajo. La nueva regulación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ha dotado de mayor autonomía al Fiscal General, que ya no puede ser cesado por el Gobierno. Y la característica fundamental de la institución sigue siendo su autonomía funcional. Ello no quiere decir, que su actividad, la fundamental puesta en marcha del *ius puniendi*, no necesite de respaldo político en el ejercicio de su responsabilidad pública.

20. La organización de cada MP es sin duda deudora de la propia concepción que subyace en cada uno de los sistemas estudiados.

Holanda propone una organización desconcentrada, cuya unidad queda asegurada por un principio de jerarquía que hace depender a todas sus fiscalías de la autoridad de su máximo órgano: el «*College van Procurators-General*». Posee una Fiscalía Nacional «*Landerijk Parket*» para los delitos más graves y

una Fiscalía Especial «*Functioneel Parket*» también de ámbito nacional, cuyos casos están atribuidos en función de las investigaciones llevadas a cabo por unidades muy concretas de investigación. En este caso, los «*Special investigation departments*» (SIDs). Destacan, en su vertiente más política, las «*Tripartite Consultations*» (arts. 14 y ss. «*Politiewet*»). Sesiones o convocatorias que se celebran entre el Ministro y el Consejo de Fiscales Generales, con la frecuente participación de altos cargos del KLPD (Cuerpos de Policía Nacional); y que se repiten en el ámbito de la Fiscalía Nacional con una «*Tripartite Consultations*» [art. 38 c) «*Politiewet*»] mantenidas entre su Fiscal Jefe, el Responsable de las Policías Locales y el Director del KLPD. A nivel local, estas reuniones se mantienen entre el Alcalde, el Jefe de la Policía Local y el Fiscal Jefe de la Fiscalía del distrito correspondiente.

En Italia, la lucha contra el crimen organizado de tipo mafioso ha llevado a la creación de un órgano especial encargado de su persecución: la «*Direzione Nazionale Antimafia*». A este órgano pertenecen las llamadas «*Direzione Distrettuale Antimafia*» (DDA), insertas en las propias Fiscalías de distrito. Estos órganos, como característica esencial y necesaria para la lucha contra el crimen organizado y al contrario que el resto del MP italiano, están sometidos al principio de jerarquía.

En España se ha producido recientemente una reorganización del MP. Se ha profundizado tanto en el principio de especialización como en su dimensión territorial. Se produce por tanto una desconcentración de poder que, como en el caso de Holanda, no produce una ruptura de la unidad ni una quiebra de la jerarquía, pues todos los órganos se encuentran sometidos por igual a la autoridad del Fiscal General del Estado.

En lo que se refiere a la primera cuestión, destaca la reorganización de las Fiscalías Especiales –fundamentales en la organización española– junto a la introducción de los Fiscales de Sala Delegados y la previsión de Secciones especiales.

En cuanto a la dimensión territorial de la reforma emprendida, destaca la creación de los nuevos Fiscales Superiores de la Comunidad Autónoma como máximo órgano del MP en dicho ámbito. En todo caso, están jerárquicamente subordinados al Fiscal General del Estado. A nivel *infra* provincial, destaca la nueva previsión referida a las Fiscalías de Área, con el fin de mejorar la presencia del MP en todo el territorio nacional.

Bibliografía

- AA VV, *Il Pubblico Ministero Oggi*, Giuffrè Editore, 1994.
- *La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, CEDAM, Padova, 1998.
 - *Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della Bicamerale*, Milano, 1999.
 - *L'organizzazione della giurisdizione dopo le riforme*, Rimini, 2000.
- ABBAMONTE, Giuseppe, «Iniziativa del procuratore generale nell'esercizio dell'azione penale e rimessione del procedimento alla sezione istruttoria: ovvero l'art. 234 c.p.p. e il divieto di sottrarre l'imputato al suo giudice naturale», *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1963.
- ACKERMANS-WIJN, J. C. E. *et al.*, *Gronwet voor het Koninkrijk der Nederlanden. Tekst & Commentar*, Kluwer-Deventer, 1998.
- ALKEMA, E. A., «Constitutional Law», *Introduction to Dutch Law*; J. M. J. Chorus, P. H. M. Gerver, E. H. Hondius and A. K. Koekkoek, Kluwer Law International, 1995.
- ALBIN ESER, Kai *et al.* (eds.), *The prosecutor of a Permanent International Criminal Court (El Fiscal en la Corte Penal Internacional Permanente)*, Internacional Workshop in co-operation with the Office of the Prosecutor of the Criminal Tribunals (ICTY and ICTR), Edition Iuscrim 2000 Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, may 1998.
- ALCALÁ-ZAMORA DEL CASTILLO, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Tomo I, UNAM México, 1974.
- ALLDRIDGE, Peter JÖRN, Nico y FIELD, Stewart, «Prosecutors, Examining Judges and Control of Police Investigations», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- ALMAGRO NOSETE, José, *Justicia Constitucional. Comentarios a la LOTC*, Artigraña, 1980.
- AMATO, Giuseppe, «I rapporti tra il procuratore della Repubblica e i sostituti», *Riv. Doc. Giust.*, núm. 6, 1998.

- AMBOS, Kai, «Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. (Un análisis del Estatuto de Roma)», *El estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos, comp. 1a. ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- «Resumen comparativo de los informes nacionales», *The prosecutor of a Permanent International Criminal Court (El Fiscal en la Corte Penal Internacional Permanente)*, Louise Arbour, Albin Eser, Kai Ambos, Andrew Sanders (eds.), International Workshop in cooperation with the Office of the Prosecutor of the Criminal Tribunals (ICTY and ICTR), Edition Iuscrim 2000, Freiburg im Breisgau, 1998.
 - «Declaración de Friburgo», *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, Edition Iuscrim, 2000 Max Planck, Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos», *Jueces para la democracia*, núm. 52, marzo 2005.
- «¿Redescubrimiento del Ministerio Fiscal?», *Diario EL PAÍS*, 19 de septiembre 1988.
 - *Sobre el uso alternativo del derecho*, Editor, Valencia 1978.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y MOVILLA ÁLVAREZ, «El Ministerio Fiscal», *El Poder Judicial*, Temas clave de la Constitución española, Tecnos, 1986.
- APARICIO CALVO-RUBIO, José, «El Ministerio Fiscal en la Constitución», *El Poder Judicial*, Vol. I. Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales, 1983.
- ARBOUR, Louise *et al.*, «Declaración de Friburgo», *The prosecutor of a Permanent International Criminal Court (El Fiscal en la Corte Penal Internacional Permanente)*, International Workshop in co-operation with the Office of the Prosecutor of the Criminal Tribunals (ICTY and ICTR), Edition Iuscrim 2000 Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, may 1998.
- ARCIDIACONO, L., *La vigilanza nel diritto pubblico*, Padova, 1984.
- BALB, Enzo, «Il procuratore richiama i cittadini alla virtù repubblicana», *Quad. Cost.*, 2000.
- BAÑO Y ARACIL, J., «El Ministerio Fiscal en la instrucción de los delitos», *Rev. General del Derecho*, núm. 594, marzo 1994.
- BARKHUYSEN, Tom; BRENNINKMEIJER, Alex y VAN EMMERIK, Michiel, «Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order», *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Editors J. H. M. VAN ERP and E. H. Hondius, Asser Institut, The Hague, Bristol, 1998.

- BARTOLE, Giuseppe, «La legittimazione del P. M. al conflitto di attribuzione: troppo rumore per nulla?», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1995.
- BARTOLE, Sergio, «Il Consiglio Superiore della Magistratura. Due modelli a confronto», *Quad. Cost.*, 1989.
- *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964.
 - «A proposito della riserva della funzione giurisdizionale», *Rev. Studium iuris*, núm. 2, 1995.
- BESSELINK, L., Leonard, *Constitutionele aspecten van de discussie over modernisering van de strafvoordering*, 2003.
- «An open Constitution and European Integration: The Kindom of the Netherlands», *Sew Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, jrg núm. 6, 1996.
- BESSONE, A., «Quale riforma per il Consiglio superiore della magistratura», *Foro italiano*, 1988.
- BEVERS, Hans, «Intervention and the Controllability of the Proactive Policing», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Adminsitration, Maastricht, 1997.
- BIFULCO, Daniela, «Deontologia giudiziaria, diciplina e interpretazione della legge: territori (limitrofi?), da recintare con cura!», *Riv. Pol. del Dir.*, 2004.
- BIONDI, F., Francesca y ZANON, Nicolò, *Diritto Costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- BLAD, J. «(Voorwaardelijk) seponeren als conflictoplossende activiteit buiten de rechter om», *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de rechter om*. Editor Sniders, H. J., Gouda Quint, Arnhem, 1988.
- BLANCO VALDÉS, R. L., «Los grandes modelos de constitucionalismo: la constitución y su valor», *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, López Garrido, Diego; Pegoraro, Lucio y Massó Garrote, Marcos, editores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BLANKENBURG, E., «Dutch Legal Culture – Persisting or Waning», *Introduction to Dutch Law*, J. M. J. Chorus, P. H. M. Gerver, E. H. Hondius and A. K. Koekkoek, Kluwer Law International, 1995.
- BOEK, J. y VAN HOORN, A. M., *Undercover Policing in the Netherlands. New trends in Criminal Investigation and Evidence*, C. M. Breur, M. M. Kommer, J. F. Nijboer, J. M. Reijntjes. Intersentia, Oxford, 2000.

- BORGNA, Paolo e MADDALENA, Marcello, *Il giudice e i suoi limiti. Cittadini, magistrati e politica*, Editori Laterza, 2003.
- BORRACCETTI, Vittorio, «Ancora sulla questione del Pubblico Ministero», *Quest. Giust.*, 1999.
- BOVEND'EERT, Paul P. T. y KORTMAN, C. A. J. M., «The Government»; «The Judiciary», *An Introduction to Dutch Constitutional Law*, Kluwer Law, 1993.
– *Gronwet voor het Koninkrijk der Nederlanden. Tekst & Commentar*, Kluwer-Deventer 1998.
- BOZZO, Nicola, «Organizzazione degli uffici requirenti e principio di indipendenza», *Quest. Giust.*, 1994.
- BRANTS, Chrisje, «Turmoil and Transition –Problems of Criminal Law Enforcement in the Netherlands», *Policing and Society*, Vol. 11, edi. OPA (Overseas Publishers Association), 2001.
– «Op zoek naar grondslagen: Strafvordering 2001 ter discussie» (red.), *Boom Juridische Uitgevers, Den Haag* 2003, ISBN 90-5454-373-6, NUR 824.
- BRANTS, Chrisje y FIELD, Stewart, «Discretion and Accountability in Prosecution: A Comparative Perspective on Keeping Crime out of Court», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- BRANTS, Chrisje; JÖRN, Nico y FIELD, Stewart, «Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging? The quest for the truth, the fairness of criminal procedure and legitimacy», *Criminal Justice system, A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- BRENNINKMEIJER, A. F. M., «Judicial organization», *Introduction to Dutch Law*, J. M. J. Chorus, P. H. M. Gerver, E. H. Hondius and A. K. Koekkoek, Kluwer Law International, 1997.
- BRENNINKMEIJER, Alex; BARKHUYSEN, Tom y VAN EMMERIK, Michiel, «Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order», *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Editors J. H. M. VAN ERP and E. H. Hondius, Asser Institut, The Hague, Bristol, 1998.
- BROMMET, Edo C. y CLEIREN, Christina P. M., «Managing and Delivering Justice in the Netherlands in the 21st Century. Towards an Empowerment of the Judiciary», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000. BRUINSMA, Fred J., «Dutch law in action», *Act on the Organization of the Judiciary*, Edi. Ars Aequi libri, 2003.
- BUGGEMAN, Willy, «Undercover Policing in the UE: Proposals for a new

- system», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*; Monica den Boer, European Institute of Public Administration, Maastricht, 2003.
- BUITENDAM, Odette, «Good Judges are born but not made. Recruitment, Selection and the Training of Judges in the Netherlands», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, FABRI, Marco and LANGBROECK, Philip, IOS Press, 2000.
- CALAMANDREI, Pietro, «Relazione preliminare sul tema Posizione costituzionale del potere giudiziario nella nuova Costituzione italiana», *Alle origini della Costituzione italiana*, editado por D'ALESSIO, Zanichelli, Bologna, 1979.
- CALI, Luigi, «Personalizzazione delle funzioni di P. M.», *Quaderni C.S.M.*, Anno 7 –N. 56–, Luglio, 1992.
- CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio, «El Ministerio Fiscal en el Pacto de Estado por la Justicia», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, Vol. III, Ministerio de Justicia, 2002.
- CAMALDO, Lucio; LANZI, Alessio y RUGGIERI, Francesca (a cura di), *Il Difensore e il Pubblico Ministero Europeo*, CEDAM, Padova, 2002.
- CAMERA DEI DIPUTATI, «La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente», AA VV, I-VII, Roma rist., 1976.
- CANOSA, R. y FEDERICO, P., *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, 1974.
- CAPPELLETTI, M., «Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional», *RECD*, núm. 17, 1986.
- CARABBA, F., «Il pubblico ministero nell'ordine costituzionale», *La riforma del pubblico ministero*, Milán, 1974.
- CARAVITA, Bruno, *Tra crisi e riforme. Riflessione sul sistema costituzionale*, Torino, 1993.
- CARCANO, Domenico. «Ordinamento giudiziario: organizzazione degli uffici, distruzione degli affari, questioni tabellari», *Riv. Doc. Giust.*, 1998.
- CARETTI, Paolo, *La riforma della costituzione nel progetto bicamerale*, CEDAM, Padova, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco, «Pubblico Ministero, giudice unico, giudice laico», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1961.
- CARNEVALLI, Davide, «Quality and Justice in Italy», *The administration of justice in Europe: towards the development of quality standards*, FABRI, Marco; Langbroeck,

- Philip; Pauliat, Hélène; Mission de Recherche Droit et Justice, Ministère de la Justice/CNSR-France, Institute of Constitutional and Administrative Law, Utrecht University-The Netherlands, 2003.
- CARRILLO, Marc, *La tutela de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Ordinarios (La aplicación jurisdiccional de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona)*, CEP, Madrid, 1995.
- CASTELLI, Claudio, «Esigenze di deflazione e risposte possibili tra obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale», *Questione di Giustizia*, 1990.
- CAVALLARI, V. «Il pubblico ministero nelle prospettive di riforma del processo penale», *Riv. dir. proc.*, 1973.
- CAVINI, Sofia, «La pubblica accusa nei diversi stati dell'unione europea: breve rapporto sui principi vigenti in Italia, Francia, Germania, Gran Bretagna e Spagna», *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp.*, 1999.
- CECCHETTI, Marcello, «Giusto proceso» (dir. Cost.) *Voce Enc. del Dir.*, Giuffrè Editore, 2001.
- CHELI, E., «Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (Appunti per una definizione)», *Riv. Archivio Giuridico*, 1965.
- CHIAVARIO, Mario, «Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà», *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994.
- *L'azione penale. Tra diritto e politica*, CEDAM, Padova, 1995.
 - «El Ministerio Público en Italia como responsable de la investigación preliminar», *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, AA VV, GIMENO SENDRA V., Director, Iustel, 2006.
- CHORUS, J. M. J., *Introduction to Dutch Law*, J. M. J. Chorus, P. H. M. Gerver, E. H. Hondius and A. K. Koekkoek, History, Kluwer Law International, 1995.
- CITTARELLO, Anna, «La durata ragoinevole del proceso: criteri di valutazione della "ragionevolezza" elaborati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed ordinamento italiano», *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp.*, 2003.
- CLEIREN, C. P. M., *Beginselen van een goede procesorde*, Edi. Gouda Quint, 1989.
- CLEIREN, Christina P. M. y BROMMET, Edo C., «Managing and Delivering Justice in the Netherlands in the 21st Century. Towards an Empowerment of the Judiciary», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- COBO DEL ROSAL, M., «El principio de legalidad y Ministerio Fiscal», *Cuadernos de política criminal*, núm. 2, 1977.
- COLOMBO, Gherardo. «Il Pubblico Ministero», *Quest. Giust.*, 2001.

- COMISIÓN SCHELTEMA, «Sound Ministership' Steekhoudend ministerschap», *Documentos Parlamentarios II*, 1992/1993, 21427, núms. 40 y 41.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, «La naturaleza y los principios rectores del MF en la Constitución y el nuevo Estatuto orgánico», *El Poder Judicial*, AA VV, Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales, vol I Madrid 1983.
- *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Pamplona 1999.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «El Ministerio Fiscal entre el "viejo" y "nuevo" proceso», *La reforma del proceso penal*, AA VV, Tecnos, Madrid, 1990.
- CONSO, Giovanni, *Pubblico Ministero e Accusa Penale*, Zanichelli, Bolonia, 1994.
- «Note in margine alla declaratoria di illegittimità dell'art. 234 comma 2 c.p.p., ovvero la crisi della sezione istruttoria», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1963.
- «Intervento e Conclusioni», *Il giusto processo*, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Giuffrè, Milano, 1998.
- *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai criteri decreti delegati*, Bolonia, 1992.
- CONTI, Carlotta, «Giusto proceso» (*dir. proc. pen.*); Voce *Enc. del Dir.*, Giuffrè Editore, 2001.
- CONTINI, Francesco «Reinventing the Docket, Discovering the Data base. The divergent adoption of Information Technology in the Italian Judicial Offices», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- «Quality and Justice in Italy», *The administration of justice in Europe: towards the development of quality standards*, FABRI, Marco; Lanbroeck, Philip; Pauliat, Hélène; Mission de Recherche Droit et Justice, Ministère de la Justice/CNSR-France, Institute of Constitutional and Administrative Law, Utrecht University-The Netherlands, 2003.
- CORDERO, F., *Procedura Penale*, Giuffrè ed. Milán, 1993.
- CORSO, Guido, «Il Pubblico Ministero nel sistema costituzionale», *Riv. Dir. Pubbl.*, 1997.
- CORSTENS, G. J. M., «European Criminal Law», *New trends in Criminal Investigation and Evidence*, C. M. Breur, M. M. Kommer, J. F. Nijboer, J. M. Reijntjes, Intersentia, Oxford, 2000.
- CORTE COSTITUZIONALE, «Quando la difesa (in giudizio) del Pubblico Ministero è affidata al potere esecutivo», *Sentenze e ordinanze della Corte Costituzionale in Quad. Cost.*, 2000.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la LO 7/88*, con ALMAGRO NOSETE, J., MORENO CATENA, G. y GIMENO SENDRA, V., Tirant lo Blanch, 1989.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, G., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2000.
- COUNCIL OF EUROPE UE, Committee of Ministers, «Rec. 19/2000 on The Role of the Prosecutor in the Criminal Justice System», 6 october, 2000.
- COUNCIL OF THE JUDICIARY, «Judiciary system in the Netherlands», febrero 2005. *www.rechtspraak.nl*.
- «Agenda for the Judiciary for 2005-2008», Strategy & Development Section *www.rechtspraak.nl*.
- CRESPO BARQUERO, Pedro, «El papel del Ministerio Fiscal en la investigación del delito y sus garantías. ¿Hacia una futura instrucción fiscal?», (*Separata*) *Curso de verano de la UIMP, «Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal»*, Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado, Santander 21, 22 y 23 de agosto de 2006.
- «Las garantías en la instrucción por el fiscal. Un intento de aproximación crítica a la posición y al papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio», *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, Vol. VI, Madrid, 1998.
- CRISAFULLI, V. «Incompatibilità dell'autorizzazione a procedere ex. art. 16 c.p.p. con l'art. 28 della Costituzione», *Rev. Giur. cost.*, 1963.
- Consiglio Superiore della Magistratura;
 - «Relazione annuale sullo Stato della giurisprudenza 1991», en *Quad. CSM*, núm. 55, 1992.
 - «Parere del CSM sul progetto preliminare delle norme di attuazione del c.p.p.», *Quad. CSM*, 1989, núm. 3.
 - «St. sezione disciplinare de 10 de mayo 1991», en *Riv. Foro it.*, 1993, vol. I.
 - «Relazione annuale sullo stato della Giustizia. L'attuazione della VII disposizione transitoria della costituzione.orientamenti per la riforma dell'ordinamento giudiziario», *Quaderni C.S.M.*, Anno 7 –N. 55–, Giugno, 1992.
- DAGA, L., *Il Consiglio superiore della magistratura*, Nápoles, 1974.
- «Pubblico Ministero (diritto costituzionale)», voz *Enciclopedia Treccani*, vol. XXV, Roma 1991.
- DAKOLIAS, Maria y THACHUK, Kim, «The Problem of Eradicating Corruption from the Judiciary», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.

- DALIA, Andrea A., «Il problema del coordinamento, dei collegamenti e dei controlli nell'esercizio della funzione di accusa», *Accusa penale e ruolo del Pubblico Ministero*, A. GAITO (coord.), Jovene Editore Nápoles, 1991.
- «La deprocessualizzazione come obiettivo primario delle recenti "modifiche al sistema penale"», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1982.
- DALLARA, Cristina *et al.*, «Quality and Justice in Italy», *The administration of justice in Europe: towards the development of quality standards*, FABRI, Marco; Langbroeck, Philip; Pauliat, Hélène; Mission de Recherche Droit et Justice, Ministère de la Justice/CNSR-France, Institute of Constitutional and Administrative Law, Utrecht University-The Netherlands, 2003.
- D'ALESSIO, G. (coord.), *Alle origini della Corte Costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1979.
- D'AMBROSIO, L. «Comentario dell'art. 53», *Commento al nuevo codice di procedura penale*, vol. IV, M. Chiavario (edit.), Torino, 1990.
- DE ARCENEGUI, Jesús Joaquín, *Síntesis histórica del constitucionalismo español*, Ediciones Beramar, 1991.
- DE DOELDER, H., «The Public Prosecutor Service in The Netherlands», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Kluber Law International, The Hague, Vol. 8, Issue 3.
- D'ELIA, Giuseppe, «I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale ed eguaglianza a proposito dei "criteri di priorità" nell'esercizio dell'azione penale», *Riv. Giur. Cost.*, 1998.
- *Magistratura, Polizia Giudiziaria e Costituzione. Contributto allo studio dell'art. 109 Cost.*, Giuffrè Editore, 2004.
- DE JONGE, Eric Janse, «The Netherlands», *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Editors J. H. M. VAN ERP and E. H. Hondius. Asser Institut, The Hague, Bristol, 1998.
- DE KEIJSER, J. W., *Punishment and Purpose. From Moral Theory to Punishment in Action*, Amsterdam, Thela Thesis, 2001.
- DE LANGE, Roel, «Political and Criminal responsibility», *Netherlands reports to the sixteenth international congress of comparative law*, Editors E. H. Hondius and Carla Joustra, Asser Institut, The Hague, Brisbane 2002.
- DE LA VÁLGOMA, María y MARINA, José Antonio, *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Anagrama, 2000.
- DE LEO, Francesco y VIGLIETTA, Gianfranco, «Proposte di modifiche normative a salvaguardia del principio di obbligatorietà dell'azione penale», *Quest. Giust.*, 1990.

- DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E., *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- DELMAS-MARTY y VERVAHELE, John, *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Intersentia, Anwerpen-Groningen-Oxford, 2000.
- DE LUCA, G., «Controlli extra processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente del pubblico ministero», *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Editado por Gaito, G. Napoles, 1991.
- DE MIGUEL, Adolfo, «Discurso de entrada en el Instituto Español de Derecho Procesal», *Revista de Derecho Procesal*, 1954.
- DE ROOS, Theo, «Special police methods of investigation: new legislation in the Netherlands», *Invading the Private: State accountability and new investigative methods in Europe*, Stewart Field and Caroline Pelsner, Ashgate, Dartmouth, 1993.
- DEVOTO, Marco, «Ordinamento giudiziario», Voce, *Enc. Giur. Trecc.*, vol. 21, 1990.
- «Profili cosituzionali del potere giudiziario, tra crisi della presidenza del Csm e riforma delle istituzioni», *Riv. Diritto e società*, núm. 2, 1994.
- DE RUYER, Brice; VERMUELEN, Gert y VANDER BEKEN, Tom, «Schengen and Undercover Policing Methods: should national laws follow suit?» y «The Desiderability of Legally Regulationg the Proactive Phase», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*; Monica den Boer, European Institute of Public Adminsitration, 1997.
- DE VRIES, F.; WARMELINK, H. G. y ELZINGA, D. J., «Developing trends of parliamentarism in the Netherlands», *Netherlands reports to the fourteenth international congress of comparative law*, Editors J. H. M. VAN ERP and E. H. Hondius. Asser Institut, The Hague, Athens, 1994.
- DE WAARD, Jaap y VAN DIJK, Frans, *Legal infrastructure of the Netherlands in International Perspective: Crime control*, Ministry of Justice, Directorate for strategy development, june 2000.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, «El Ministerio Fiscal "Director de la Investigación" en el Proceso Penal de Menores», *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, AA VV, GIMENO SENDRA, V., Director, Iustel, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.
- *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, 1991.
- «El derecho procesal en la nueva Constitución», *Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, octubre-diciembre 1978.

- *El poder de acusar*, Ariel, 2000.
- «El Poder Judicial. La independencia del Ministerio Público», *El Derecho a finales de Siglo. Una perspectiva iberoamericana*, GARCÍA DE ENTERRÍA y CLAVERO ARÉVALO coord. Civitas, Madrid, 1997.
- DI FEDERICO, Giuseppe, «L'indipendenza del Pubblico Ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata», *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1998.
- «Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità», *Riv. Arch. Pen.*, 1995.
- «Prosecutorial independence and democratic requirement of accountability in Italy», *British Journal of Criminology*, vol. 38, núm. 3, 1998.
- DI MARZIO, FABRIZIO, «Il desiderio di giustizia (note impressionistiche su Eros e diritto ai tempi del postmoderno)», *Riv. Pol. del Dir.*, 2004.
- DINACCI, F. R., «Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale», *Riv. Cass. Pen.*, 1991.
- DINGLEY, A. M., «A comparative Analysis of the Fault Requirements for Offences in the Netherlands, England and Wales», *New trends in Criminal Investigation and Evidence*, Breur, C. M.; Kommer, M. M.; Nijboer, J. F.; Reijntjes, J. M. Intersentia, Oxford, 2000.
- DIOTALLEVI, Giovanni, «L'organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero. (Nuovi criteri di interpretazione dell'art 70 ordinamento giudiziario o coerente rivisitazione della disciplina esistente?)», *Quest. Giust.*, núm. 4, 2000.
- DOLZ LAGO, M. Jesús. «Acerca de la naturaleza dinámica y finalidad tuitiva de la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de protección jurisdiccional de la persona», *Rev. Poder Judicial*, núm. 14, junio 1989.
- DOMIONI, Oreste, «Azione penale», *Voce Digesto delle discipline penalistiche*, vol. I, 1987.
- «Per un collegamento fra ministro della giustizia e PM», *Pubblico Ministero e Accusa Penale*, editado por G. CONSO, Zanichelli, 1994.
- DOWNES, David, «Contrast in Tolerance: Criminal Justice Policies in the Netherlands and England» y «Consequences of Sentencing Trends in the Netherlands», *Contrast in Tolerance. Post-war policy in the Netherlands, England and Wales*, Clarendon Press Oxford, 1988.
- DREWRY, Gavin R., «Public Management Reform – A Challenge to Judicial Independence?», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.

- DROOGLEVER, P. J., «The Netherlands Colonial Empire. Historical outline and Some Legal Aspects», *International Law in the Netherlands*, van Panhuys H. F. ed. Alphen Rijn, 1997.
- EL PAÍS, Editorial, «Los jueces plantan cara al Fiscal General»; o «Rebelión judicial contra la orden del fiscal», o «Jueces contra fiscales», *Diario EL PAÍS*, de 18, 19 y 20 de marzo 2008.
- ELZINGA, D. J. y HOOGERS, H. G., «Political representation in the Netherlands, Contrast between representation and democracy», *Constitutionalism, Universalism and Democracy. The Dutch contribution to the fifth congress of the International Association of Constitutional Law in Rotterdam*, D. J. Elzinga, F. Goudappel, H. R. B. M. Kummeling, University Press-Groningen-1999.
- ELZINGA, D. J.; DE VRIES, F. y WARMELINK, H. G., «Developing trends of parliamentarism in the Netherlands», *Netherlands reports to the fourteenth international congress of comparative law*, Editors J. H. M. van Erp and E. H. Hondius, Asser Institut, The Hague, Athens, 1994.
- EMBREGTS, M. C. D., «Similarities and Differences: the Operation of the Exclusionary Rule in the US, Germany and the Netherlands», *New trends in Criminal Investigation and Evidence*, C. M. Breur, M. M. Kommer, J. F. Nijboer, J. M. Reijntjes, Intersentia, Oxford, 2000.
- FABRI, Marco, «Quality and Justice in Italy», *The administration of justice in Europe: towards the development of quality standards*, FABRI, Marco; Langbroeck, Philip; Pauliat, Hélène; Mission de Recherche Droit et Justice, Ministère de la Justice/CNSR-France, Institute of Constitutional and Administrative Law, Utrecht University-The Netherlands, 2003.
- «Selected Issues of Judicial Administration in a Comparative Perspective», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *La Reforma Procesal Penal 1988-1992*, Edersa, Madrid, 1992.
- FALCONE, Giovanni, «Sulla obbligatorietà dell'azione penale», *Accusa Penale e ruolo del Pubblico Ministero*, Atti del Convegno-Perugia 20-21 aprile 1990, coord. Alfredo Gaito, Jovene Editore, Nápoles, 1991.
- FEDERICO, P. y CANOSA, R., *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bolonia, 1974.
- FENNELL, Phil *et al.* «Conclusion: Europeanization and Convergence: The lessons of a comparative study», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press, Oxford, 1995.

- FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano, «El Ministerio Fiscal a través del proyecto de modificación de su Estatuto Orgánico»; (*Separata*) *Curso de Verano de la UIMP*; «*Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*», Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado, Santander, 21, 22 y 23 de agosto 2006.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, «Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988», *La reforma del proceso penal*, edi. Tecnos, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, «El Ministerio Fiscal en España», *Separata de: Documentación jurídica*, núms. 10 y 11.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1980.
- FERRAJOLI, Marzia, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, CEDAM, Padova, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, 1995.
- FERRANDIZ, Leonardo y PRIETO-CASTRO, «El Ministerio Fiscal en Europa», *Temas de Derecho Actual y su Práctica*, Salamanca, 1979.
- FERRANDO, Juan, *La Constitución española de 1812 en los comienzos del Risorgimento*, CSIC, Delegación de Roma, 1959.
- FERRUA, Paolo, *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1993.
- «Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali», *Quest. Giust.*, 1995.
 - «Il proceso penale dopo la riforma dell'art 111 della Costituzione», *Quest. Giust.*, 2000.
- FETERIS, E. T., «An Argumentative Analysis and Evaluation of Complex Cases in Dutch Criminal Law», *New trends in Criminal Investigation and Evidence*, C. M. Breur, C. M.; Kommer, M. M.; Nijboer, J. F.; Reijntjes, J. M. Intersentia, Oxford, 2000.
- FIELD, Stewart y BRANTS, Chrisje, «Discretion and Accountability in Prosecution: A Comparative Perspective on Keeping Crime out of Court», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press Oxford 1995.
- FIELD, STEWART, *Invading the Private: State accountability and new investigative methods in Europe*, Stewart Field and Caroline Pelsner, Ashgate, Dartmouth, 1998.

- FIESTAS LOZA, Alicia, «La quiebra de la independencia del Poder Judicial. La "Ley Adicional" de 14 de octubre de 1882 y cuarto turno», *RPJ*, núm. 14, 1984.
- FIONDA, Julia, *Public Prosecutors and Discretion. A Comparative Study*, Edi. Clarendon Press, Oxford, 1995.
- FLEUREN, J. W. A. *et al.*, *Gronwet voor het Koninkrijk der Nederlanden. Tekst & Commentar*, Kluwer-Deventer, 1998.
- FLORES PRADA, Ignacio, «El Ministerio Fiscal en España», Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- FORTUNA, Ennio, «Pubblico Ministero», *Voce, Enc. Giur. Trecc.*, vol. 25, 1991.
- FOSCHINI, Gaetano, «Un errore pendulare: l'accusatore giudice ed il giudice accusatore», *Riv. Foro it.*, 1969.
- «Ministro della Giustizia e Pubblico ministero nella nuova costituzione», *Riv. Archivio Penale*, vol. I, pg. 261, 1948.
 - «Involuzione inquisitoria», *Riv. it. dir. e proc. pen.*, pg. 26, 1962.
- FRANS, C. J. y VAN DER DOELEN, «On the Quality of the Administration of Justice, Judges and Courts», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- GAITO, A., «Indipendenza del p.m. e "superprocura"», *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, CARAVITA, B. Bari, 1994.
- GAMBINO, Silvio, «Verso la formazione di un diritto comune europeo: metodo comparatistico e ricerca costituzionale», *Riv. Pol. del Dir.*, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1980.
- GARCÍA GARCÍA, María de los Ángeles. «La dependencia del Ministerio Fiscal y la investigación oficial», *Rev. Jueces para la democracia*, núm. 8, 1989. También en <http://dialnet.unirioja.es>.
- GARCÍA GUERRERO, José Luis, *Democracia representativa de Partidos y Grupos Parlamentarios*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Monografías, 1996.
- GARCÍA MORILLO, «La legitimación democrática del Ministerio Fiscal», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 85, 1998.
- GARRIDO CALERO, Fco., «El Ministerio Fiscal y su defensa de la legalidad», *Estudios del Ministerio Fiscal*, vol. II, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- GARRIDO FALLA, Fdo. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1985.

- GAR YEIN, N. G., «Quality and Justice in the Netherlands»; Ghiara, Aldo. «Riforma del ruolo e dei poteri del Pubblico Ministero», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1971.
- GIACOBBE, G. y BONIFACIO, F., «Art. 104» del *Comentario della Costituzione*, coordinado por BRANCA G. Bolonia-Roma, 1986.
- GIANGIACOMO, Bruno, «L'organizzazione e i criteri di assegnazione degli affari negli uffici giudiziari requirenti», *L'organizzazione della giurisdizione dopo le riforme*, AA VV, Maggioli Editore, Rimini, 2000.
- GIARDA, Angelo. «Poteri cautelari del pubblico ministero e controllo giurisdizionale», *Riv. Arch. Pen.*, 1995.
- GIL-ALBERT VELARDE, José M^a, «El Ministerio Fiscal en la Constitución», *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, Vol. I.
- GIMENO SENDRA, Vicente, «¿Qué me quede como estoy?», *Diario EL PAÍS*, domingo 20 de junio 2004.
- *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la LO 7/88*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
 - «La reforma de la LECrim y la posición del MF. en la investigación penal», *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, AA VV, GIMENO SENDRA V., Director, Iustel, 2006.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, G. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid 2000.
- GIOVANNINI, Michele, «Giustizia in crisi: considerazioni a margine di un dibattito non sempre costruttivo», *Riv. Pol. del Dir.*, 2004.
- GIUNCHEDI, Filippo y GAITO, Alfredo, «La decadenza per via giurisprudenziale dal diritto al giudice naturale», *Riv. Giur. Cost.*, 2002.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., «El Fiscal Instructor», *Rev. Justicia*, núm. 2, 1996.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona, 1951, Tomo II.
- GONSALVES, Rolph A., «Does Centralization in Dutch Criminal Investigations improve Accountability?», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Administration, 2003.
- GRANADOS CALERO, F., «El Ministerio Fiscal y su defensa de la legalidad», *Estudios del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia e Interior, Vol. II, Madrid, 1995.

- GREVI, V.; NEPPI MODONA, G. y CONSO, Giovanni, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai criteri decreti delegati*, Zanichelli, Bologna, 1992.
- GRIBNAU, J. L. M., «Legitimacy of the Judiciary», *Netherlands reports to the sixteenth international congress of comparative law*, Editors E. H. Hondius and Carla Joustra, Asser Institut, The Hague, Brisbane, 2002.
- GROPP, Walter, «A variety of Normative Systems; Undercover Policing in Europe from a Comparative Perspective», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Adminsitration, 2003.
- GROSSI, Pf, «Orientamenti attuali di giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione degli artt. 105, 107 comma 3 e 104 comma 4 della Costituzione», *Giur. Cost.*, 1982.
- «Indipendenza del pubblico ministero ed esclusiva soggezione dei giudici alla legge», *Giur. Cost.*, 1964.
- GROSSO, Carlo Federico, «Il dibattito sulla separazione delle carriere di giudice e di P. M. Fra preconcetti ideologici e esigenze reali», *Riv. Cass. Pen.*, 1996.
- GRUPPO DI MILANO, *Verso a una nuova Costituzione*, vol. II, Milán, 1983.
- GUARNIERI, Carlo, *Giustizia e Politica. I nodi della Seconda Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- *Pubblico Ministero e Sistema Politico*, CEDAM, Padova, 1984.
- *La giustizia in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- GUASCH FERNÁNDEZ, S. y MIRANDA ESTAMPES, M., «El Ministerio Fiscal: consideraciones en torno a un modelo constitucional», *Rev. del Poder Judicial. Tercera Época*, núm. 55, Tercer Trimestre 1999.
- GULDENMUND, Réne, HARDING, Christopher y SHERLOCK, Ann. «The European Community and Criminal Law», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- GUSTAPANE, Antonello, «Giudice e Pubblico Ministero nel giusto proceso», *Riv. Diritto e Società*, 2001.
- «L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano», *Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della Bicamerale*, Milano, 1999.
- HAENTJENS, R. y SWART, B., «Substantive Dutch criminal Law», Swart B. & Klip A. (eds.) *International Criminal Law in the Netherlands*, Max-Planck Institute, Freiburg, 1997.

- HALL WILLIAMS, J. E., «The Role of the Prosecutor», *Report of the International Criminal Justice Seminar held at the London S. of E. and Political Science in January 1987*, Editado por J. E. Hall Williams, Avebury Press, 1989.
- HARDING, C. *et al.*, «Conclusion: Europeanization and Convergence: The lessons of a comparative study» y «The European Community and Criminal Law», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press Oxford, 1995.
- HART, H. L. A., *The concept of Law*, Oxford, 1975.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «Una reforma necesaria pero insuficiente (a propósito de la Ley Orgánica 2/2001, de modificación del sistema de designación de determinados cargos judiciales)», *Rev. Jueces para la democracia. Información y Debate*, núm. 52, marzo 2005.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., «El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales», *Cuadernos de derecho Público*, núm. 16, mayo-agosto 2002.
- «El Ministerio Fiscal en los procesos judiciales de protección de los Derechos Fundamentales», *Rev. Ministerio Fiscal*, núm. 3, enero-junio 1996.
 - *La reforma del Ministerio Fiscal*, Colex, Madrid, 2003.
 - «Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español», *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 1967.
- HILDEBRANT, M., VAN KAMPEN, P. T. C. y NIJBOER, J. F. *Plea bargaining in Holland?*, Edi. Gouda Quint, Arnhem 1994.
- HOLTHUIS, H., «The role of the public prosecutor», *International Comparisons in Criminal Justice: The London Seminars*, Londres, NACRO, 1993.
- HOOGERS, H. G., «The Dutch Revolution», *Constitutionalism in the Netherlands*, Akkermans P. W. C., Elzinga D. J.; Pietermaat-Kros E. Groningen University Press, 1995.
- «The compatibility of the Rechtsstaat principles. On tensions between them and on their consequences for Dutch constitutional law»; «Political representation in the Netherlands, Contrast between representation and democracy», *Constitutionalism, Universalism and Democracy. The Dutch contribution to the fifth congress of the International Association of Constitutional Law in Rotterdam*, D. J. Elzinga, F. Goudappel, H. R. B. M. Kummeling, University Press-Groningen, 1999.
- ILLUMINATI, Giulio, «Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. N. 255 1992», *Riv. Giur. Cost.*, 1992.

- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio», *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*, CGPJ, Madrid, 2001.
- JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, «Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal», *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales. Vol. II.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, C., «El Ministerio Fiscal, dentro del Poder Judicial (notas para el planteamiento de unas relaciones)», *Rev. El Poder Judicial*, núm. 3, pg. 81, Madrid, 1982.
- JONATHAN, I. Israel, *The Dutch Republic: Its Rise, Greatness and Fall 1477-1807*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- JORG, Nico *et al.*, «Judicial regulation of covert and proactive policing in the Netherlands and England and Wales», *Invading the Private: State accountability and new investigative methods in Europe*, Eds. Stewart Field and Caroline Pelser, Ashgate, Dartmouth, 1998.
- «Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?. The quest for the truth, the fairness of criminal procedure and legitimacy»; y «Prosecutors, Examining Judges and Control of Police Investigations»; y «Conclusion: Europeanization and Convergence: The lessons of a comparative study», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- JOUTSEN, Matti, «The Role of the Prosecutor: the United Nations and the European Perspective», *The Role of the Prosecutor. Report of the International Criminal Justice Seminar held at the London S. of E. and Political Science in January 1987*, Editado por J. E. Hall Williams, Avebury Press, 1989.
- JULIÁ, Santos, *Historia de las dos Españas*, Taurus, 2005.
- JURALDE MORGADO, E., «El Ministerio Fiscal», *Rev. Poder Judicial*, (Consejo General del Poder Judicial) núm. 1. diciembre 1981.
- KEIJZER, Niko, «The Netherlands», *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, Louise Arbour, Albin Eser, Kai Ambos, Andrew Sanders, Edition Iuscrim, 2000.
- KELK, Constantin; KOFFMAN, Laurence y SILVIS, Jos, «Sentencing, Practice, Policy and Discretion», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- KEULEN, B. F., *Economisch strafrecht («Delitos económicos»)*, Edi. Gouda Quint, Arnhem, 1995.

- KOFFMAN, Laurence; SILVIS, Jos y KELK, Constantin, «Sentencing, Practice, Policy and Discretion», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- KOOPMANS, T., «Legitimacy of the Constitutional Judge and the theory of interpretation», *Netherlands reports to the fourteenth international congress of comparative law*, Editors J. H. M. VAN ERP and E. H. Hondius, Asser Institut, The Hague, Athens, 1994.
- KORIATH, GEROLD, «Normative systems and Authorization Procedures: An Operational Perspective», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Adminsitration, Maastricht, the Netherlands, 1997.
- KORTMAN, C. A. J. M. *et al.*, «General Introduction»; «The Government»; «The Judiciary», an *Introduction to Dutch Constitutional Law*, Kluwer Law, 1993.
– *Gronwet voor het Koninkrijk der Nederlanden. Tekst & Commentar*, Kluwer-Deventer, 1998.
- LABRA, Rafael María, *América y la CE de 1812*, Anaclaeta, 2004, Pamplona.
- LAINGUI, A., *Histoire du droit pénal*, Presses Universitaires de France, París, 1993.
- LANGBROEK, Ph. M., «Developing a Public Administration Perspective on Judicial Systems in Europe»; «Reinventing the least dangerous branch of Government. Judicial Independence and the Accountability for the Administration of Justice, Courts and Judges in the Netherlands», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- LANZI, Alessio, RUGGIERI, Francesca e CAMALDO, Lucio (a cura di), *Il Difensore e il Pubblico Ministero Europeo*, CEDAM, Padova 2002.
- LASZLOCKY, Paolo, «Pubblico Ministero europeo e azione penale europea», *Riv. Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, 1999.
- LESSING, Hans, «New Rules and Procedures for Investigating Methods: Relevant factors», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Adminsitration, 1997.
- LIJPHART, Arent, *Politics of accommodation. Pluralism and democracy in the Netherlands*, Edi. Ann Arbor, Michigan, 1994, UMI.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel 1970.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos 1996.

- LÓPEZ CALERA, N. et al., *Sobre el uso alternativo del derecho*, Editor, Valencia 1978.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.), «Estatuto Orgánico del ministerio Fiscal. Trabajos Parlamentarios», *Publicaciones del Congreso de los Diputados, Secretaría General. Serie I. Trabajos Parlamentarios*, núm. 16 EOMF.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales*, Colex Madrid 2001.
- LÓPEZ SAAVEDRA et al. *Sobre el uso alternativo del derecho*, Editor, Valencia 1978.
- LOVEDAY, Barry, «Address to the EGPA Conference, Cape Sounion, Greece»; «Measuring Performance in Criminal Justice», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- LOZZI, Gilberto, «La realtà del processo penale, ovvero il "modello perduto"», *Riv. Questione Giustizia*, núm. 6, 2001.
- LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel, «La instrucción en el proceso penal italiano. Especial referencia a las funciones del Ministerio Fiscal», *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, AA VV Gimeno Sendra V., Director. Iustel 2006.
- LUPARIA, Luca, «Profili dell'azione penale "europea"», *Riv. L'indice Penale*, 2001.
- «Obbligatorietà e discrecionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo», *Riv. Giurisprudenza italiana*, 2002.
- MACIÁ GÓMEZ, Ramón, «L'acquisizione della prova dinanzi al giudice: le garanzie del contraddittorio per l'indagato; i poteri delle parti e del giudice; l'interazione fra atti delle investigazioni preliminari e giudizio. L'ordinamento spagnolo»; «Per una formazione europea dei magistrati. Atti degli incontri di studio a carattere internazionale realizzati dal C.S.M. nel quadriennio 1998-2002», *Quaderni C.S.M.*, Anno 2003, N. 134.
- MADDALENA, Marcello y BORGNA, Paolo, *Il giudice e i suoi limiti. Cittadini, magistrati e politica*, Editori Laterza, 2003.
- MANNUCCI, Ilio, «L'organizzazione della Procura della Repubblica di Torino: criteri di priorità o esercizio discrezionale dell'azione penale?», *Quest. Giust.*, 2000.
- MANZINI, G., «La gerarchia nel pubblico ministero», *La riforma del pubblico ministero*, AA VV, Milán, 1974.
- MARAFIOTI y PIZZI, T., «The new Italian Code of Criminal Procedure: the difficulties of building an adversarial trial on a civil law foundation», *The Yale Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 1992.

- MARANDOLA, Antonella, «Archivazione o cestinazione della pseudo-notizia di reato: un problema risolto», *Riv. Cass. Pen.*, 2001.
- MARCHENA, Manuel, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, 1992.
- MARINA, José Antonio y DE LA VÁLGOMA, María, *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Anagrama 2000.
- MARINI, Luigi, «La sentenza 92/92 della consulta: verso il ribaltamento della struttura del nuovo codice e dei ruoli del PM e del GIP», *Quest. Giust.*, 1991.
- MAROTTA, Antonio, «Il Pubblico Ministero "Italiano": una istituzione in crisi», *Rivista d'informazione carceraria, Casa di Reclusione di Porto Azzurro*.
- MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, José Antonio, «El modelo constitucional del Ministerio Fiscal. Principios orgánicos y funcionales. El principio de dependencia jerárquica» (*Separata*), *Curso de verano de la UIMP, «Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*», 21, 22 y 23 de agosto de 2006, Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «El acusador inquisidor», *Diario EL PAÍS*, domingo 20 de junio 2004.
- «El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales», *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, vol. II.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a Luz, *La independencia judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- «La selección de la carrera judicial en España»; *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha*, núm. 7, 2003.
 - «El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo. A propósito de la reciente reforma del artículo 127 LOPJ», *Jueces para la democracia*, núm. 52, marzo 2005.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- MARTINI, Luigi, «The System of Justice in Italy: Signs of Evolution», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- MATHIAS, Eric, «The Balance between the police and the Public Prosecutor», *European Criminal Procedures*, Edited by Mireille Delmas-Marty and J. R. Spencer, Cambridge, University Press, 1995.
- MAY, John, «The responsibility of the Prosecutor to the Court», *The Role of*

the Prosecutor. Report of the International Criminal Justice Seminar held at the London S. of E. and Political Science in January 1987, Editado por J. E. Hall Williams, Avebury Press.

MESTITZ, Anna, «Managing Juvenile Criminal Justice in Italy», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000,

MEVIS, P. A. M.; PRAKKEN, E.; REIJNTJES, J. M. y BRANTS, Chrisje, «op zoek naar grondslagen: Strafvordering 2001 ter discussie» (red.), *Boom Juridische Uitgevers, Den Haag*, 2003, ISBN 90-5454-373-6, NUR 824.

MIDIRI, Mario, «La Corte, la politica, i giudici (il dilemma di Ambrosini)», *Riv. Pol. del Dir.*, 2001.

MÍGUEZ MACHO, L., «Los informes del consejo fiscal sobre los ascensos en la carrera fiscal y la polémica en torno a la designación del fiscal jefe de la fiscalía de la audiencia nacional. (comentario de la sentencia del pleno de la sala 3ª del tribunal supremo de 13 de abril de 1998)», *Revista Xuridica Galega*, 1998.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Fiscalía General. Memoria*, Presentación por el Fiscal General, vol. I, pg. XIV, 2007.

– *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, Madrid 1997.

MIRANDA ESTAMPES, M. y GUASCH FERNÁNDEZ, S., «El Ministerio Fiscal: consideraciones en torno a un modelo constitucional», *Rev. del Poder Judicial. Tercera Época*, núm. 55, Tercer Trimestre 1999.

MONACO, Giuseppe, *Pubblico Ministero ed Obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè Editore 2003.

MONETTI, Vito, «Organizzazione del Pubblico Ministero e poteri di amministrazione della giurisdizione. (Orientamenti del Consiglio d'Europa e situazione italiana)», *Quest. Giust.*, 2001.

MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1997.

MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., «El Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal español», en *Documentación Jurídica*, núms. 29-32, enero-diciembre 1981.

MORENO CATENA, G.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid 2000.

MORGAN, Jane; WINKEL, Frnas Willem y WILLIAMS, Katherine, «Protection of and

- Compensation for Victims of Crime», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press Oxford 1995.
- MOVILLA ÁLVAREZ y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «El Ministerio Fiscal»; «El Poder Judicial», *Temas clave de la Constitución española*, Tecnos 1986.
- MUÑOZ CALVO, J. L., «La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal», *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo Contencioso administrativo del Estado, Madrid 1983, vol. III.
- NANNUCCI, Ubaldo, «Flusso delle notizie di reato, organizzazione delle risorse, obbligatorietà dell'azione penale», *Quaderni C.S.M.*, Anno 7, -N. 56-, Luglio 1992.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, «La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, vol. VI, Ministerio de Justicia 1998.
- «El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, vol. V, Ministerio de Justicia, 2000.
- NEPPI MODONA, Guido (a cura di), *Lo Stato della Costituzione*, Il Saggiatore editore 1998.
- *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai criteri decreti delegati*, AA VV Zanichelli, Bologna, 1992.
- NIJBOER, J. F., «Criminal Justice system», *Introduction to Dutch Law*, J. M. J. Chorus, P. H. M. Gerver, E. H. Homdius and A. K. Koekkoek. Kluwer Law International 1995.
- NIJBOER, J. F.; HILDEBRANT, M. y VAN KAMPEN, P. T. C., *Plea bargaining in Holland?*, Edi. Gouda Quint, Arnhem 1994.
- NOBILI, M., «Accusa e burocrazia "Profilo storico-costituzionale"», *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, CONSO G., Zanichelli, 1994.
- NOBILI, G., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998.
- NOORDHOEK, Eric Willen, *Sistemas del Proceso Penal en Europa. Holanda*, Edi. Cedecs, Barcelona, 1998.
- OFICINA DEL REGISTRO FEDERAL (Office of the Federal Register), *The United States Government Manual (1992/1993)*, Washinton D. C., 1993.
- OLIVERI DEL CASTILLO, Roberto, «L'insostenibile pesantezza della giustizia penale: quali scoperti per quale processo», *Quest. Giust.*, 2001.

- ONIDA, V., «La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con altri poteri dello Stato», *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, coordinado por B. CARAVITA, Roma-Bari, 1994.
- «Autorizzazione a procedere e principio di uguaglianza», *Giur. Cost.*, 1971.
- OPEENBAR MINISTERIE, «National Criminal Investigation Department. Special Powers of Investigation Act»; y «Who monitors de PPS?», *www.opeenbarministerie.nl*.
- «Clear Strategy On Criminal Enforcement of Drugs Policy», *www.opeenbarministerie.nl*.
- ORDER IN COUNCIL, «The Functional Public Prosecutor's Office» y «Towards a New Public Prosecution Service», *www.om.nl*
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho Penal de Menores*, Bosch, Barcelona 2001.
- PAZ RUBIO, J. M., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado. Concordancias, Jurisprudencia. Comentarios y Leyes Complementarias*, AA VV Colex 2005.
- PANAGIA, S., «Indipendenza del p.m. e superprocura», *Riv.it.dir. proc.pen.*, 1993.
- PANIZZA, S. y ROMBOLI, R., «Ordinamento Giudiziario», *Voz. Digesto disc. pubbl.*, vol. X, Turín, 1995.
- PANUNZIO, P., Sergio, «Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico. Osservazioni sul caso italiano», *Riv. Pol. e Dir.*, 2000 (n. 1).
- PATRONO, Mario, «Riverberi interpretativi ed applicativi del "nuovo" articolo 111 della Costituzione sull'organizzazione della giustizia», *Esperienze e Prospettive della giustizia italiana*, Univ. de «La Sapienza» Roma, noviembre 2002.
- «Scenari per una riforma del Consiglio superiore della Magistratura»; *Quad. Cost.*, 1989.
- PECORELLA, Gaetano, «Esercizio dell'azione penale: caratteristiche ed ambiguità della obbligatorietà dell'azione e dell'indipendenza del pubblico ministero», *Riv. Arch. Pen.*, 1995.
- PELSNER, Caroline y FIELD, Stewart, «Introduction. Sacndal in the Netherlands: the IRT affair», *Invading the Private: State accountability and new investigative methods in Europe*, Stewart Field and Caroline Pelsner. Ashgate Publishing, Dartmouth, 1998.
- PEÑA GONZÁLEZ, José, *Historia política del constitucionalismo español*; Prensa y Ediciones Iberoamericanas 1995.

- PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio, *Historia de las Instituciones Públicas de España*, Universidad Complutense, Madrid, 1995.
- PÉREZ GORDO, Alfonso; «Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto orgánico de 1981», en *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales. Vol. III 1983.
- PEGORARO, Lucio, «Concepto y método del Derecho Constitucional Comparado», *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Diego LÓPEZ GARRIDO, Marcos MASSÓ GARROTE y Lucio PEGORARO, directores; Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- PERRODET, Antoinette, «The Italian system» y «The Public Prosecutor», *European Criminal Procedures*, Edited by Mireille Delmas-Marty and J. R. Spencer, Cambridge University Press, 2003.
- PETROCELLI, B., «La posizione degli organi di accusa», en *Pububblico Ministero e accusa pénale*.
- PIGNATELLI, Amos, «Rapporti tra Procuratori della Repubblica e sostituti alla luce della nuova formulazione dell'art 70 dell'ordinamento giudiziario», *Rev. Quaderni C.S.M.*, Anno 7 –N. 56–, Luglio, 1992.
- PIVETTI, Marco, «Gli elementi fondamentali dell'assetto costituzionale relativo al potere giudiziario, con particolare riguardo al ruolo del giudice e del Pubblico Ministero. Le principali caratteristiche dell'ordenamiento giudiziario italiano ed il ruolo del C.S.M.», *Quaderni CSM*, 2003.
- PIZZI, T. y MARAFIOTI, «The new Italian Code of Criminal Procedure: the difficulties of building an adversarial trial on a civil law foundation», *The Yale Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 1992.
- PIZZORUSSO, Alessandro, «Public Prosecution and Politics», *Report at Conference of Procurators General at Bratislava*, june 2003.
- «La Magistratura nella situazione politica italiana», *Riv. Foro it*, 1997.
 - *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990.
 - «Ordinamento giudiziario (dir. comp. e stran.)», *Voce, Enc. Giur. Trecc.*, vol. 21, 1990.
 - «Problemi costituzionali di una riforma del Pubblico Ministero», *Riv. Giur. it*, 1966.
 - «Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.», *Quad. Cost.*, 1989.
 - «Riflessioni sul ruolo del pubblico ministero», *Quest. Giust.*, 1982.

- PRAKKEN, E.; REIJNTJES, J. M.; BRANTS, Chrisje y MEVIS, P. A. M. «Op zoek naar grondslagen: Strafvordering 2001 ter discussie» (red.), *Boom Juridische Uitgevers*, Den Haag 2003. ISBN 90-5454-373-6, NUR 824.
- PRICE, J. L., *Holland and the Dutch Republic in the Seventeenth Century: The Politics of Particularism*, Clarendon Press, 1995.
- PRIETO-CASTRO, *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Imp. Viuda de Galo Sáez, 1953.
- PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, Leonardo, «El Ministerio Fiscal en Europa», *Temas de Derecho Actual y su Práctica*, Salamanca, 1979.
- PUNCH, M., «The Dutch criminal justice system: a crisis of identity», *Security Journal*, núm. 9, 2000.
- REIJNTJES, J. M.; BRANTS, Chrisje; MEVIS, P. A. M. y PRAKKEN, E., «Op zoek naar grondslagen: Strafvordering 2001 ter discussie» (red.), *Boom Juridische Uitgevers*, Den Haag 2003, ISBN 90-5454-373-6, NUR 824.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- RESTA, Eligio, «Le verità e il proceso», *Riv. Pol. del Dir.*, 2004.
- RICCIO, Giuseppe, «Istanze di riforma e chiusure ideologiche nella soluzione del problema italiano del Pubblico Ministero», *Riv. Politica e Diritto*, 2000 (n. 3).
- RINAUDO, Carmelo, «Il pendolo dell'accusa: riflessioni sul rapporto tra P. M. e giudice dalle origini alla riforma», *Riv. Doc. Giust.*, 1998.
- ROBERT, Marc, *Technical memorandum in the Conference of Procurators General at Bucharest*, 2000.
- ROMBOLI, R. y PANIZZA, S., «Ordinamento Giudiziario», *Voz. Digesto disc. pubbl.*, vol. X, Turín 1995.
- RUGGIERI, Francesca; CAMALDO, Lucio y LANZI, Alessio (a cura di), *Il Difensore e il Pubblico Ministero Europeo*, CEDAM, Padova 2002.
- RUIZ GUTIÉRREZ, Urbano, «Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España», *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1952.
- SANDERS, Andrew; ARBOUR, Louise; ESER, Albin y AMBOS, Kai, «Declaración de Friburgo», *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, Edition Iuscrim, 2000.
- SABATINI, Giuseppe, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, Torino, Quartara, 1948.

- SANTACROCE, Domenico, «Organizzazione della Polizia Giudiziaria», *Quaderni C.S.M.*, Anno 7 –N. 56–, Luglio, 1992.
- SANTALUCIA, Giuseppe, «Il potere del Pubblico Ministero di ricerca delle notizie di reato. Tra principi costituzionali e legge processuale», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 2001.
- SANTOSUSSO, F., *Il Consiglio superiore della Magistratura*, Milán, 1958.
- SAULE, Panizzia (a cura di), *Il contributo della giurisprudencia costituzionale alla determinazione della forma di governo in Italia*, G. Gappichelli editore, Torino, 1998.
- SCARAPONE, Mettelo, «Sulla legittimità dell'autosostituzione del procuratore generale al procuratore della Repubblica nell'istruzione sommaria», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1963.
- «Pubblico Ministero», *Voz Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milán, 1988.
 - «Sul potere del procuratore generale di dare ordini al procuratore della Repubblica», *Giur. It.*, 1979.
- SCHMITT, C., *El custodio de la Constitución* (1931).
- SENESE, S., «Democrazia, sovranità popolare e giurisdizione»; *Questione Giustizia*, vol. VI, 1987.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Ministerio Fiscal», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, AA VV dirigida por Buenaventura Pellisé Prats, Edi. Francisco Seix, Barcelona 1974-1982, vol. XVI.
- SERRANO ALBERCA, José M., *Comentarios a la Constitución*, GARRIDO FALLA, Fdo. Civitas, Madrid 1985.
- SHERLOCK, Ann; GULDENMUND, Réne y HARDING, Christopher, *The Giurisdizione e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997.
- SILVIS, Jos *et al.*, «Managing the Drug Problem: Tolerance or Prohibition» y «Sentencing, Practice, Policy and Discretion», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- SOETEMAN, A., «Legal Philosophy», *Introduction to Dutch Law*, J. M. J. Chorus, P. H. M. Gerver, E. H. Hondius and A. K. Koekkoek, Kluwer Law International, 1995.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991.
- SORGDRAGER, Winnie, «Legislation for Proactive Criminal Investigations: should experiences in other countries be taken into account?», *Undercover*

- Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Administration, Maastricht, the Netherlands, 1997.
- SORRENTINO, F., «I poteri normativi del CSM», *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, coordinado por B. CARAVITA, Roma-Bari, 1994.
- SPADEA, Giovanni, «Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano», *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp.*, 2000.
- SPAGNA MUSO, Enrico, «Problemi costituzionali del Pubblico Ministero», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1963.
- SPANGHER, Giorgio, «L'art 507 c.p.p. davanti alla Corte Costituzionale: ulteriore momento nella definizione del "sistema accusatorio" compatibile con la Costituzione», *Riv. Giur. Cost.*, 1993.
- STAECHELÉ, François, «Les Technologies de l'information au service de la modernisation du service public de la justice en France», *The Challenge of Change for Judicial System*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- STAKER, Christopher y BERGSMON CISSÉ, «The Prosecutors of the International Tribunals: The Cases of Nuremberg and Tokio Tribunals, the ICTY and ICTR, and the ICC Compared», *The prosecutor of a Permanent International Criminal Court Morten Court* (El Fiscal en la Corte Penal Internacional Permanente), Internacional Workshop in cooperation with the Office of the Prosecutor of the Criminal Tribunals (ICTY and ICTR), Edition Iuscrim 2000, Freiburg im Breisgau, 1998.
- STEENHUIS, Dato, «Criminal Prosecution in the Netherlands», *The Role of the Prosecutor. Report of the International Criminal Justice Seminar held at the London S. of E. and Political Science in January 1987*, Editado por J. E. Hall Williams, Avebury Press 1989.
- STORBECK, Jürgen, «Coordinating the Flow of European Intelligence: Europol's Accountability Mechanisms», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Administration, Maastricht, the Netherlands, 1997.
- STORTONI, Luigi, «L'"argomentazione" nel diritto penale», *Riv. Pol. del Dir.*, 2004.
- STRUYCKEN, A. AH., *Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Arnhem, 1915.
- SWART, A. H. J., «The Netherlands», *Criminal Procedure systems in the UE*, C. van den WYNGAERT, Butterworths, 1993.

- SWART, B. y HAENTJENS, R., «Substantive Dutch criminal Law», Swart B & Klip A (eds.), *International Criminal Law in the Netherlands*, Max-Planck Institute, Freiburg, 1997.
- SWART, B. *et al.*, «The European Convention on Human Rights and Criminal Justice in the Netherlands and the UK» y «Conclusion: Europeanization and Convergence: The lessons of a comparative study», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- TAK, Peter, «Should the Dutch Criminal Procedure Adopt Elements of Foreign Systems», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer. European Institute of Public Adminisitation, Maastricht, the Netherlands, 1997.
- *The Dutch Criminal Justice System*, WODC (Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum) 1999, Ministry of Justice.
- TAORMINA, Carlo, *Diritto procesuale penale*, vol. I, Turín, 1991.
- TARULLO, Stefano, «Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi», *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp.*, 2002.
- TCHAKALOFF, Marie-France Christophe, «Gérer et rendre la justice au XXIème siècle: La justice continentale», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- TEN BERGE, T., Gio y WIDDERSHOVEN, Rob., «The principle of legitimate expectations in Dutch constitutional and administrative law», *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Editors E. H. Hondius and Carla Joustra, Asser Institut, The Hague, Brisbane 2002.
- THACHUK, Kim y DAKOLIAS, Maria, «The Problem of Eradicating Corruption from the Judiciary», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democrazia en América*.
- TORRES, Fernando; LÓPEZ CALERA, N.; LÓPEZ SAAVEDRA, M. y ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Sobre el uso alternativo del derecho*, Editor, Valencia 1978.
- TRIBUNALE DI TORINO. Procura della Repubblica, «Circolare 27 maggio 1999 –Disposizioni di servizio sull'assetto organizzativo del nuovo ufficio di Procura unificata», *Quest. Giust.*, 2000.
- TRIBUNALE DI MILANO, «I termini massimi di durata delle indagini preliminari: una questione di costituzionalità», *Ordinanza Trib. Di Milano. Quest. Giust.*, 1992.

- TULKENS, François, «Negociated Justice», *European Criminal Procedures*, Edited by Mireille Delmas-Marty and J. R. Spencer, Cambridge University Press, 1995.
- TURONE, Giuliano, «Riflessioni in tema di separazione delle carriere inquirente e giudicante», *Questione giustizia*, n. 2-3, 1994.
- VALENTI REUTER, Cristiana, «La Corte Costituzionale alle prese con l'art 507 c.p.p., ovvero: ritorno al futuro», *Riv. Giur. Cost.*, 1993.
- VAN ASBECK, Feico, «Regulating Special Investigative Methods: National and International Requirements», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Administration, Maastricht, the Netherlands, 1997.
- VAN DEN WYNGAERT, Christine, «Introduction»; «Italy», *Criminal Procedure systems in the UE*, Butterworths, 1993.
- «Organised Crime, Proactive Policing and International Cooperation in Criminal Matters: Who controls the Police in a Transnational Context?», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Administration, Maastricht, the Netherlands, 1997.
- VANDER BEKEN, Tom; DE RUYER, Brice y VERMUELEN, Gert, «Schengen and Undercover Policing Methods: should national laws follow suit?»; «The Desirability of Legally Regulationg the Proactive Phase», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Administration, Maastricht, the Netherlands, 1997.
- VAN DER DOELEN y FRANS, C. J., «On the Quality of the Administration of Justice, Judges and Courts», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- VAN DER DONK, Wim B. H. J., «The Transparent Judge. Will lady justice lose her blindfold?», *The Challenge of Change for Judicial Systems*, Marco FABRI and Philip LANGBROEK, IOS Press, 2000.
- VAN DER NAT, M. N. H., *et al.*, *Gronwet voor het Koninkrijk der Nederlanden. Tekst & Commentar*, Kluwer-Deventer, 1998.
- VAN DIJK, Frans, DE WAARD, Jaap, *Legal infrastructure of the Netherlands in International Perspective. Crime control*, Ministry of Justice, Directorate for strategy development, 2000.
- VAN DUNNÉ, Jan M., «The Style of legislation: narrative norms and constraining norms. Two of a kind», *Netherlands reports to the fourteenth international congress of comparative law*, Editors J. H. M. VAN ERP and E. H. Hondius, Asser Institut, The Hague, Athens, 1994.

- VAN DUYNE, P., «Simple Decision Making», pg. 145, *The Psychology of Sentencing*, Editores Pennington D.C. y Lloyd-Bostock S., Oxford Press, 1987.
- VAN EMMERIK, Michiel; BRENNINKMEIJER, Alex; BARKHUYSEN, Tom, «Access to justice as a fundamental right in the Dutch legal order», *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Editors J. H. M. VAN ERP and E. H. Hondius, Asser Institut, The Hague, Bristol 1998.
- VAN HOORN, A. M. y BOEK, J., «Undercover Policing in the Netherlands», *New trends in Criminal Investigation and Evidence*, C. M. Breur, M. M. Kommer, J. F. Nijboer, J. M. Reijntjes. Intersentia, Oxford, 2000.
- VAN KAMPEN, P. T. C.; NIJBOER, J. F. y HILDEBRANT, M., *Plea barganing in Holland?*, Edi. Gouda Quint, Arnhem 1994.
- VAN KREVELD, J. H., *Beleidregels in het recht*, Deventer, 1983.
- VAN MALE, R. M., «Constitutionalism in the Netherlands», *Netherlands reports to the sixteenth international congress of comparative law*, Editors E. H. Hondius and Carla Joustra, Asser Institut, The Hague, Brisbane, 2002.
- VANNI, Roberto, «Prospettive organizzative degli uffici del Pubblico Ministero in un raffronto tra gli stati della Comunità Europea», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1996.
- VAN TRAA, Maarten, «The findings of the Parliamentary Inquiry Viewed from an International Perspective», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Adminsitration, Maastricht, the Netherlands, 1997.
- VELLANI, M., *Il pubblico ministero nell processo. Il diritto vigente*, vol. II, Bolonia, 1965.
- VENEZIANO, Giuseppe, «Il ruolo del P.M. nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale», *Quest. Giust.*, 1991.
- VERDE, G., *L'amministrazione della giustizia fra Ministro e Consiglio superiore*, Padova, 1990.
- VERMEULEN, Gert, *et al.*, «The Desiderability of Legally Regulationg the Proactive Phase»; «Schengen and Undercover Policing Methods: should national laws follow suit?», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Adminsitration, Maastricht, The Netherlands, 1997.
- VERVAELE, John y DELMAS-MARTY, M., *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, vol. 1-4, Intersentia, Anwerpen-Groningen-Oxford, 2000-2001.

- VETTORI, Barbara, «La confisca dei proventi criminali nell'unione europea: Analisi comparata e implicazioni di policy», *Riv. Pol. del Dir.*, 2002.
- VICOLI, Daniele, «Scelte del Pubblico Ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost: Un tentativo di razionalizzazione», *Riv. Dir. e Proc. Pen.*, 2003.
- VIGLIETTA, Gianfranco y DE LEO, Francesco, «Proposte di modifiche normative a salvaguardia del principio di obbligatorietà dell'azione penale», *Quest. Giust.*, 1990.
- VIGORITI, V., «Il pubblico ministero nel proceso civile italiano», *Riv. dir. proc.*, 1974.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal»; «Jornadas sobre justicia penal en España», «Jornada sobre justicia penal en España» (Madrid 24 a 27 de marzo de 1987), publicadas en *Revista Poder Judicial*, núm. especial II, Madrid 1988.
- *Comentarios a la ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, II. La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- VOLPE, G., «Consiglio superiore della Magistratura», *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Milano, 2000.
- WALKER, Neil, «Deficient Weaponry, Reluctant Marksmen and Obscure targets: Flaws in the Accountability of Undercover Policing in the UE», *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Monica den Boer, European Institute of Public Administration, Maastricht 1997.
- WARMELINK, H. G. *et al.*, «Developing trends of parliamentarism in the Netherlands», *Netherlands reports to the fourteenth international congress of comparative law*, Editors J. H. M. VAN ERP and E. H. Hondius, Asser Institut, The Hague, Athens 1994.
- «The compatibility of the Rechtsstaat principles. On tensions between them and on their consequences for Dutch constitutional law», *Constitutionalism, Universalism and Democracy. The Dutch contribution to the fifth congress of the International Association of Constitutional Law in Rotterdam*, D. J. Elzinga, F. Goudappel, H. R. B. M. Kummeling, University Press-Groningen-1999.
- WIDDERSHOVEN, Rob, «Encroachment of criminal law and administrative law in the Netherlands»; «The principle of legitimate expectations in Dutch constitutional and administrative law», *Netherlands reports to the sixteenth international congress of comparative law*, Editors E. H. Hondius and Carla Joustra, Asser Institut, The Hague, Brisbane 2002.
- WILLIAMS, Katherine *et al.*, «Managing the Drug Problem: Tolerance or Prohi-

- bition»; «Protection of and Compensation for Victims of Crime», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press Oxford 1995.
- WILLIAMS, J. E., «Introduction. The Role of the Prosecutor, "The Role of the Prosecutor"», *Report of the International Criminal Justice Seminar held at the London S. of E. and Political Science in January 1987*, Editado por J. E. Hall Williams, Avebury Press 1989.
- WINKEL, Frans Willem; WILLIAMS, Katherine y MORGAN, Jane, «Protection of and Compensation for Victims of Crime», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press Oxford 1995.
- YEIN GAR, «Quality and Justice in the Netherlands», *The administration of justice in Europe: towards the development of quality standards*, FABRI, Marco; Langbroeck, Philip; Pauliat, Hélène; Mission de Recherche Droit et Justice, Ministère de la Justice/CNSR-France, Institute of Constitutional and Administrative Law, Utrecht University-The Netherlands, 2003.
- YOUNG, James y SWART, B., «The European Convention on Human Rights and Criminal Justice in the Netherlands and the UK», *Criminal Justice system. A comparative Study*, Phil Fennel, Bert Swart, Nico Jörn, Christopher Harding, Clarendon Press Oxford 1995.
- ZAGREBELSKY, Vladimiro, «Flusso delle notizie di reato, organizzazione delle risorse, obbligatorietà dell'azione penale», *Quaderni C.S.M.*, Anno 7, -N. 56-, Luglio, 1992.
- «L'obbligatorietà dell'azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale», *Riv. Cass. Pen.*, 1992.
 - «Riflessioni in tema di ordinamento giudiziario», *Quest. Giust.*, 1990.
 - «Una "filosofia" dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali», *Riv. Cass. Pen.*, 1989.
 - «Sull'assetto interno degli uffici del Pubblico Ministero», *Riv. Cass. Pen.*, 1993.
 - «La polemica sul PM e il nuovo Consiglio Superiore della Magistratura», *Quad. Cost.*, 1981.
 - «La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali», *Rivista di Diritto procesale*, 1975.
 - «Le soluzioni peggiori del male (a proposito del pubblico ministero)», *Riv. Cass. Pen.*, 1991.
- ZANON, Nicolo, *Pubblico Ministero e Costituzione*, CEDAM, Padova 1996.

ZANON, Nicolò e BIONDI, F., Francesca, *Diritto Costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.

ZAPPALÀ, Enzo, «Processo penale ancora in bilico. Tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio», *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1998.